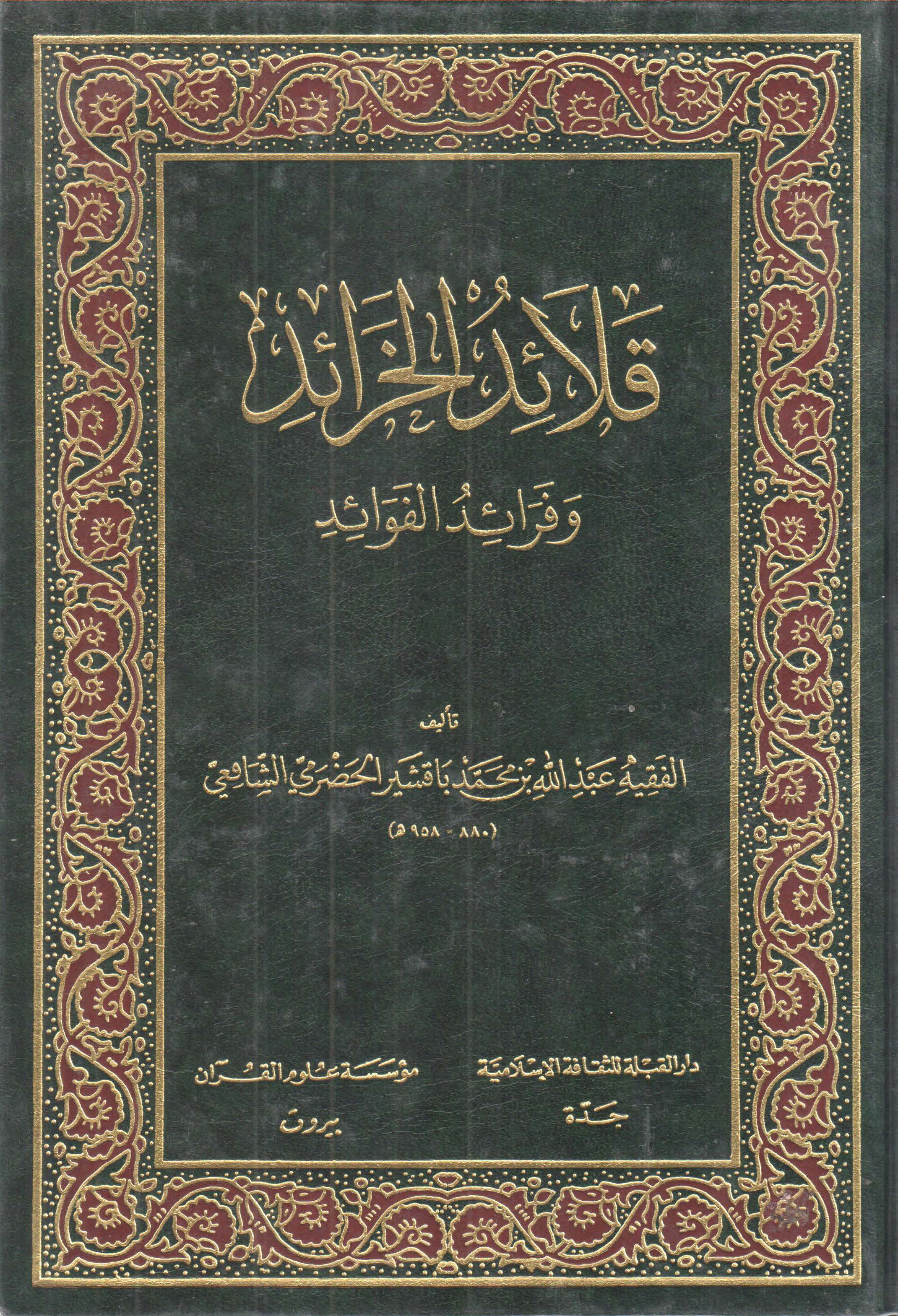
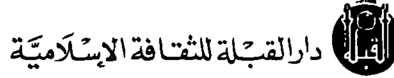
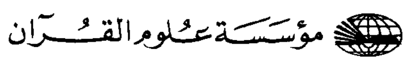

قلائد الخرائد
وفرائد الفوائد
تأليف
الفقيه عبد الله بن محمد باقشير الحضرمي الشافعي
(٨٨٠ - ٩٥٨ هـ)
دار القبلة للثقافة الإسلامية
جدة
مؤسسة علوم القرآن
بيروت

الطبعة الأولى
١٤١٠هـ - ١٩٩٠م




المملكة العربية السعودية - جدة - ص.ب: ١٠٩٣٢ - الرمز: ٢١٤٤٣ - ت: ٦٦٥٢٤٠٦ / ٦٦٥٩٩٥١ / فاكس: ٦٦٥٩٤٧٦




دمشق - شارع مسلم البارودي - بناء خولي وصلاحي - ص.ب: ٤٦٢٠ - ت: ٢٢٤٩٩٠ - بيروت - ص.ب: ١١٣/٥٢٨١

# قلائد الخرائد

## وفرائد الفوائد

تأليف

الفقيه عبد الله بن محمد باقشير الحضرمي الشافعي

(٨٨٠ - ٩٥٨ هـ)

الجزء الثاني

مؤسسة علوم القرآن
بيروت

دار القبلة للثقافة الاسلامية
جدة

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

# باب الفرائض

من مات مُفْلِساً فلبائعه عيناً لم يستوفِ ثمنَها الرجوعُ فيها، كالحَجْر، ويقدَّم مشترٍ منه رَدَّ المبيعَ بعيبٍ: بثمنِه المقبوضِ الفائتِ في المبيع، والغاصبُ: بقيمة الحيلولةِ الفائتةِ في المغصوب إنْ ردَّه، وكذا مَنْ له حقٌّ بعينٍ قُدِّم فيها، وسبقَ آخِرَ الرهنِ بيانُ أحكامِ ما لَهُ وما عليه من دَيْن.

ثم الوارثُ يقوم مَقَام الميتِ في الأعيانِ والحقوقِ، وتبيينِ طلاق زوجةٍ عيَّنها من ثنتيْنِ ولم تُعْرَف، كذا نصَّه الفقيه محمد بن أحمد بافَضْل في «قواعده» وغيرُه.

## ٨٠٧ ـ مسألـة

مَنْ بقيَ لا حَرَاكَ له إلا كحركةِ مذبوحٍ أو نحوِها من آثار الحياة كاختلاجِ عِرْقٍ: فاضطربَ كلام «الروضة» في إلحاقه بحكم الحيِّ أو الميت، وفي مثله خلافٌ في الجنايات، والصحيحُ وجوبُ القِصاص به، ونَقَل حكمَ الحياة له عن النصِّ[1]، نعم إنِ انتهى إلى ذلك بجرحٍ مات به: فله حكمُ الميت، وعليه يُحْمَلُ ما في الموضع من «الروضة» من إلحاقه

(١) يريد عن «الأم» للإمام الشافعي، كما تقدم بيانه في المقدمة.

بالميت، كما في «المهمات» وصَوَّبه المُزَجَّد، وجَزَم أيضاً في «فتاويه» بأن من أحياه الله معجزةً أو كرامةً لوليٍّ بعد موته ـ كما صحّ عقلاً ونقلاً ووجوداً ـ له حكمُ من لم يَمُتْ أصلاً، أيْ: فيتبيَّن بقاءُ زَوْجِيَّتِه، وملكِ ماله، وصحةِ إسلامه، وبه صرَّح قبله غيرُه؛ ووَجْهه ظاهر، وقد رُدَّت الشمسُ لعليّ رضي الله عنه بعد أن غَرَبت وهو لم يُصَلِّ العصرَ بعدُ، معجزةً للنبي ﷺ، فصلَّاها أداءً كما لو لم تَغْرُب، وحديثُها حسنٌ رواه الطحاوي في «مشكل الحديث» من طريقين عن أسماءَ بنتِ عُمَيسٍ، قال: وهو حديث ثابت رواته ثقات[1].

وأجاب بعضُهم: بانتهاءِ حكمِ الحياةِ بموته الأول في كل ذلك، قال: لأنه مات بأجله، فلا تُعادُ له زوجةٌ ولا مالٌ، وعَوْدُ حياته لا يُرادُ للدوام، فيكونُ كمِثْلِه لسؤالِ الملَكَيْن في القبر، والأولُ أوفقُ لمقتضى ما وُجِدَ إن شَمِلتْ الحياةُ جسمَه، وقد رُويَ أنه وُجِد لبعضِ الناس وعاش زمناً[2]، بل قيل: وأُولِدَ له[3]، وحياةُ عُزَيْر عليه السلام من ذلك نصَّ عليها القرآن العزيز[4]، وكذا بنو إسرائيل في قوله تعالى: ﴿ثم بَعَثْناكُمْ مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ﴾[5]، وغيرُ ذلك بإحياء عيسى عليه السلام.

---

(١) وصححه كثيرون غيره. انظر «شرح المواهب» للزرقاني ٥: ١١٣ فما بعدها، و«طرح التثريب» للعراقي.

(٢) ولابن أبي الدنيا جزء «من عاش بعد الموت» مطبوع.

(٣) كذا، ولعلها: وَوُلِدَ له.

(٤) في قوله تعالى في سورة البقرة ـ الآتية ٢٥٩: «أو كالذي مرَّ على قريةٍ وهي خاويةٌ على عروشها. .».

(٥) في سورة البقرة ـ الآيـة ٥٦.

## ٨٠٨ ـ مسألـة

من ماتَ ولا وارثَ له من الفُروض والعَصَبةِ المنصوص عليهم فمالُه للمسلمين إرْثاً يُصْرَف مَصْرفَ بيتِ المال، فإن لم ينتظِمْ أمرُه فلأرحامه، فإن كان ذو فرض أَخذَ فرضَه، والباقي لبيت المال، فإن لم يَنْتظم فكلُّه لصاحبِ الفرضِ ، فإن كان فرضان أو أكثرُ فلهم بحسب مواريثهم:

كالبنتِ وبنتِ الابن: للبنتِ ثلاثةُ أرباعِه، ولبنتِ الابن رُبْعُه، لأن فرضَ البنتِ النصفُ، وهو ثلاثةُ أسداسٍ ، ولبنتِ الابنِ السُّدُس، فلها واحدٌ، وللبنت ثلاثةٌ، فهو أرباعٌ؛ وكذا الأختُ لأب مع جدَّةٍ؛ وبنتٍ وأمٍّ.

وفي بنتين وأمٍّ: لها خُمُسٌ، لأن لها سُدُساً ولهما الثُّلُثان وهما أربعةُ أسداسٍ ، فالجملة خمسة. وفي أختٍ وأمّ: لها خُمُسان، وللأختِ ثلاثةُ أخماس، إذْ للأُمّ ثُلُثٌ وهو سدسان، وللأختِ نصفٌ وهو ثلاثة.

نعم ليس للزوجيْن زيادةٌ على فرضهما؛ وما بقيَ للفرضِ أو الفروضِ غيرهما كما لو انفَرد، وكذا أَفتى بهذا الأئمةُ، وبه العمل.

وحيثُ وقعَ أمرُه لبيت المال، والميتُ ومالُه ببلدٍ: اختُصّ بصرفِه فيه، وفيه حديثٌ رواه أبو داود، ونصَّ عليه الشافعي في «الأم» في الولاء، كما ذكره ابن النَّحْوي.

وإنْ كان كلٌّ منهما ببلدٍ ففيه ثلاثةُ احتمالات للإمام تقيِّ الدِّين السُّبْكي، أظهرُها عنده: أنه مشتَرَكٌ بين البلدَيْن، وأما النظرُ فلا يَشترك، واحتَمَلَ كونَه لحاكمِ هذا وحاكمِ ذاك، ولم يرجِّحْ شيئاً، وسيأتي في آخر الوصايا بزيادة.

وتجوزُ التَّسْويةُ فيه بين الذكر والأنثى، وتخصيصُ بعضِ الناس به، ولا يُعْطَى منه كافرٌ ولا مكاتَبٌ ولا قاتِل.

والكافر إذا مات كذلك فماله فَيْءٌ.

وأما ذوو الأرحام: فإن انفردَ منهم واحدٌ فهو له ولو أنثى، وإن اجتمعوا ففي كيفيةِ الصرفِ عليهم وجهان: أصحُّهما: تنزيلُ كلٍّ منهم منزلةَ مَنْ يُدْلِي به من الورثة، فمن سَبَق إلى وارثٍ أَخَذَ المال إن كان وحدَه، وبقَدْرِ نصيب من أَدْلى إن قارنه غيرُه في السَّبْق إلى وارثٍ آخرَ، ولا حَجْبَ بينهما.

والخُؤُولَةُ كالأُمومة، والعُمومةُ كالأُبُوَّة، وما يقع لابنِ أمٍّ وارثٍ يُقسَم بينه وبين من ينسَب إليه ذَكَرُهُم وأنثاهم سواءً وإن سَفَلوا.

وحيثُ اقترنَ رَحِمان أو أكثرُ في السبْق إلى الوارِثينَ، وكان جملتُهم فروضاً لا يَستغرقون المالَ قُسِـم بينهم على نسبة فروضِ مَن يُدْلُون به، ثم ما فَضَل يُرَدُّ عليه بالنسبة، كما يُردُّ على مورِّثهم إذا اجتمعوا.

أمثلة ذلك:

١ ـ بنتُ بنتٍ، أو خالٌ منفردٌ، له الكل.

٢ ـ بنتُ بنتٍ، وبنت أخٍ لأمٍّ، فهو لبنت البنت، لأن أمَّها تَحجبُ أَبَا تلك.

٣ ـ أبو أمٍّ، وبنتُ بنتٍ، له نصيبُ الأمِّ وهو السدُس، ولها نصيبُ البنت وهو النصف، فيُرَدُّ ما فَضَل بينهما بقِسْطهما، فيكون له رُبُعٌ، ولها الباقي، فرضاً وردّاً.

٤ ـ أبو أمٍّ وابنُ أخٍ لأمٍّ، فهو للجدِّ، لأنه يحجبُ إخوةَ بنتِه لو ماتت.

٥ ـ ولد بنتٍ، وأولادُ بنتٍ أخرى، للأول نصفٌ، وللآخرِينَ نصفٌ: «للذَّكَر مِثْلُ حظِّ الأُنْثَيَيْن».

٦ ـ أولادُ ابنِ أخٍ لأمٍّ، وبنتُ ابنِ أخٍ لأمٍّ آخَرَ، لها نصفٌ، ولهم

نصفٌ يستوي فيه ذكرهم وأنثاهم.

٧ ـ بنتُ بنتِ بنتٍ، وبنتُ بنتِ ابنٍ، هو للأخيرة، لأن أمَّها وارثة دون أمِّ الأولى.

٨ ـ بنتُ بنتٍ، وبنتُ بنتِ ابنٍ، للأُولى النصفُ كأمِّها، وللأخرى السدُس كأمِّها، ومثلُها لو كان موضعَها ذكرٌ، ثم يُرَدُّ الباقي بينهما، فيكون أرباعاً.

٩ ـ أختُ أمِّ أبي أبٍ، وأمُّ أبي أمٍ، هو للأولى، لأن أختَها وارثةٌ، دون الثاني.

١٠ ـ أبو أمِّ أمِّ أمٍّ، وأبو جدٍّ لأمٍّ، أو أمُّه، المالُ للأول وإن بَعُدَ، لأن بنتَه وارثةٌ، دون أبي الأمِّ.

١١ ـ ابنُ عمٍّ لأمٍّ، وابنُ عمةٍ لأبٍ، للأول الثلُث، وللثاني الباقي، كالأُمِّ والأبِ.

١٢ ـ بنتُ ابنِ ابنِ عمٍّ، وابنُ بنتِ عمٍّ، المال للبنت، لأن أباها وارثٌ دون أمِّه[1]. وعلى هذا فَقِسْ.

ومن له قَرَابتان: فإن كانت إحداهما أقربَ إلى الوارث من الأخرى ورثَ بها فقط، وإلا ورثَ بهما، فبنتُ أخٍ لأمٍّ هي بنتُ عمةٍ تَرِثُ بالأول، وبنتُ خالٍ وعمةٍ تَرِثُ الثلثَ بأبيها، والثلُثين بالأم.

والوجه الثاني: التقديمُ بالقربِ إلى الميت يستوي الذكَرُ والأنْثى، فإن اتفق اثنان في درجةٍ فإلى الوارث، ويُقْسم بين كلِّ درجةٍ كما لو وَرِثوا الوارث.

(١) دون أمِّ الثاني.

## ٨٠٩ ـ مسألـة

الأخواتُ مع البنتِ وبنتِ الابنِ كالأخ، فحيثُ خلَّف بنتين وأختين، فللأختين ثلثٌ، كما لو كان مكانَهنَّ أخٌ؛ وفي بنتٍ وبنتِ ابنٍ وأختٍ: للأخت الثلثُ، ولبنت الابن السدُسُ، فلو كان بنتان: لم يكن لبنتِ الابنِ شيءٌ، وأَخَذَ البنتان الثلثين، والأختُ الثلثَ، نعم لو كـان مع بنتِ الابنِ ابنُ ابنٍ في درجتها أو أسفلَ منها عصَّبَها وحَجَبَ جهةَ الأخوَّة.

وكذلك الأخواتُ للأبِ مع الجدِّ عصبةٌ كالأخ، ففي جدٍّ، وزوجٍ، وأختٍ أو أخواتٍ، وجدَّة: للأختِ أو الأخواتِ السدُسُ، وله السدُس، ثم يقتسمُ هو والواحدةُ نصيبَهما أثلاثاً، له الثلثان، نعم يُفْرَضُ لها في الأَكْدَريَّة، ثم يَقْتسمان ما حَصَل لهما، وهي:

زوج، وأم، وجدٌّ، وأخت، للزوجِ النصفُ، وللأم الثلثُ، وللجدِّ السدُسُ، وللأخت النصف، فتعولُ المسألةُ حتى يكونَ النصفُ ثُلُثاً، ثم يقسمُ نصفُها على سُدُسه بينهما، له الثلثان؛ فلو كان مع الأختِ أختٌ أخرى نَقَصَ فرضُ الأم سدُساً، وصار بينهما ولم يفرض.

وكلُّ عصبةٍ تَحجُبُه الفروضُ المستغرِقةُ للتركة وإن لم تحجبْه بالأصالة، وذلك: كزوجٍ، وأم، وبنتين، وأخ، فلا شيءَ له إلا في المشترِكَة، وهي:

زوجٌ، وأمٌّ، وأخوان لأم، وأخٌ أو أكثر لأبوين، فهو في الأصل عصبةٌ، فيفنىَ المالُ بالفرض، ويشاركون أَخَوَيِ الأمِّ، لأنهم وإياهم[1] أولادُها، ويستوي ذكرهُم وأنثاهم، فلو كان بدلَ الأخِ أختٌ ـ ولو للأبِ فقط ـ فُرِضَ لها نصفٌ، أو أختان فأكثر: فثلثانِ، وتعَولُ، ولو كان بدلَه

---

(١) تحرفت في الأصل إلى: وأباهم.

أخٌ لأب فقط سَقَط؛ ولو كان معه أختٌ لأبٍ سقطت معه، لأنها صارتْ عصبةً به، وهذا هو الأخُ المشئومُ، منعها الفرضَ، ولم يحصُلْ له شيء.

وضدُّه: الأخُ المبارك، وهو: ابنُ ابنِ ابنٍ مع بنتِ ابنٍ وبنتَيْ صُلْب، فإنه يعصِّبُ بنتَ الابن فوقَه، وأختَه، ويَحجبُ مَن وراءَهما، ولو انفردتْ لم يكنْ لها شيءٌ لاستغراق بنتَيِ الصُّلب الثلثين، وليس للنساء المنفردات غيرهما كما سبق.

## ٨١٠ ـ مسألة

حيثُ استوتْ عَصَباتٌ بالنَّسَب في درجةٍ: قَسَموها بينهم على الرؤوس وإن لم يكونوا بني واحدٍ، كابنيْ عمٍّ وابنِ عمٍّ آخَرَ، وأبناءِ ابنِ ابنِ معتَق مع ابنِ ابنٍ له آخر، بخلاف المُعْتِقين، فإن كلًا منهما يرثُ بقَدْر نصيبه، ثم يرثُ به عصبتُه كإرثهم منه، إلا أنه في ذلك يقدَّم أخوه ولو لأبيه، ثم أبناؤه الوارثون له على جدِّه وعمِّه ولو لأبيه ثم أبناؤه على جدِّ أبيه، ثم هكذا في سائر المنازل، بخلافه في النسَب، فإنه يشاركُهم أو يزيدُ عليهم، لأصالته للميت، كما قُرِّر في الكتب، وابنُ الأخِ أو العمُّ لأبٍ أولى من ابنِ ابنِ الأخِ، والعمِّ لأبوين.

## ٨١١ ـ مسألة

سَبَق أن المرأة لا تنفردُ بالإقرار بالنسَب إلا المعتِقة، لأنها تَستغرق المال، وكذا لو فُرِضت بنتٌ ونحوها استغرقتِ المالَ بالفرض والردِّ، كما سبق نقلُه، وقد أفتى القاضي ابن عبسين بصحةِ دعوى الإرثِ معها للمال، فإن ادَّعى واحدٌ أنه قريبُ الميتِ عَصَبتُه ـ وعيَّن جهته ـ فتحلِفُ

هي أنها لا تَعلمُه، فإن رَدَّتْ حَلَفَ وأَخَذَ حقَّ العصبة، وهو يوافقُ ما سبقَ من صحةِ إقرارِها به.

وحيثُ كان الميتُ لا وارثَ له ظاهرٌ: لا تصحُّ الدعوى إلا ببيِّنةٍ أو استلحاقٍ معيّن له بشروطه، فلو قال المدَّعي: إنه من قبيلتي ولا أعرفُ كيفيةَ اتِّصالي به: لم يعوَّل عليه، وبينتُه كذلك، وكذا لو كانوا جماعةً، لكن قال الإمام عبد الرحمن بن حسان: صَرْفُ المال إليهم أولى من غيرهم.

## ٨١٢ ـ مسألـة

من موانع الإرث:

١ ـ القتلُ: فلا يرثُ القاتلُ ولو بحقٍّ، فمن يَرِثه مُعْتِقُه لو قتله: فإرثُه لمن يليه من عصبته، قاله الأَصْبَحي.

٢ ـ ومنها: جهلُ عينِ الوارثِ أصلاً، بحيثُ لا يمكنُ معرفتُه، كمن قال: أحدُ هؤلاء ولدي، ولم يعيِّنه، فمات، فلا يرثُه ولا يُوقَفُ له نصيبه.

٣ ـ والشكُّ فيه: كأنْ يُطلِّق إحدى زوجتَيْه مبهماً بائناً، وإحداهما ذميَّة، ثم يموتَ قبل تعيينها؛ أو يُسلمَ كافرٌ عن زوجاتٍ فيهنَّ أربعُ كتابيات، ويموتَ قبلَ اختيارِ أربعٍ، فلا يُوقفُ نصيبُ الزوجةِ في كل ذلك، لاحتمالِ بقاءِ زوجيَّة الكافر أو الكوافر فقط، مع اليأس عن العلم به، وكأنْ يموتَ متوارثان ولا يُعلَمَ سَبْق أحدهما، أو عُلِم ولم تعرفْ عينُه، فلا يتوارثان، فلو ادَّعى من يرثُ أحدَهما تأخُّرَ مَوته فأنكر وارثُ الآخرِ حُلِّف على نفي علمه، وتَساقطا، وإلا رُدَّ وحُلِّف المدعي وثَبَت ما ادَّعاه.

ولو ماتتْ زوجتُه وابنُه منها، فادَّعى سَبْقها ليَحُوز تَرِكتَها، وأخوها سَبَق الابن، ليكونَ له النصف، ولم يرجِّح أحدُهما بحجة، فللزوجِ النصفُ، لأنه له على التقديرين، ذكره المحبُّ الطبريُّ في «ألغازه» واليمينُ للأخ في تأخُّرها للنصف الباقي إن لم يردَّها.

وكمالِ مفقودٍ وُقِف، فمات من يرثُه أيامَ فَقْده، ثم حُكِمَ بموته: لا يرثُه من مات قبلَ الحكم، وكذا إذا ماتَ من يَرثُه المفقودُ، فإنا نقفُ حصتَه حتى يثبتَ موتُه ببَيِّنةٍ، أو شيوعٍ تجوزُ الشهادة به، كما صرَّح به جمعٌ يمانِيُون ـ منهم المُزَجَّد وأبو قُضَامٍ ـ بجواز الحكم به حينئذ، أو تمضيَ مدةٌ يغلبُ الظنُّ به، فإن بان حيّاً أَخَذَها، وإن تمَّ فقدُه حتى حُكِم بموته لم يُعْطَ ورثتُه ما وُقِف له، بل يردُّ على غيره من ورثة الأول، لأنا لم نتحقَّق وجودَه عند موته، صرح بها الغزاليُّ في «البسيط» و«الوسيط» والقلعي، وصاحب «لب اللباب» في الفرائض، ونقله أيضاً عن مالك، وعن أبي حنيفة ما يقتضيه، وبه أفتى القاضي أبو حَمِيش، وموسى بن الزين، وجزم به أبو مَخْرَمة في «فتاويه» ناقلاً له عن الأصحاب.

ثم المفقود: من لم تُعْلَمْ حياتُه أو موتُه لغَيْبةٍ.

فأما مَنْ وقع في معركةٍ أو غَرَقٍ أو هَدْمٍ مما يُهْلِك، ولم يقف[1] على هلاكه، ولم يظهر بحيث يُقال: هلكوا إلا من ظهر: فقال الفقيه حسين بن الأهدل اليمني: هو كمنْ عُلِم موتُه، وذلك سبيلُ ما يُنْقَلُ في السِّيَر في القتلى، فإن الإشهاد على عينِ كلِّ شخصٍ متعذِّرٌ، وصرح خلقٌ غيرُه بخلافه.

وكأنْ يُحْتَملَ كونُ الوارث قاتلاً للموروث، كأنْ يَتقاتل فئتان، فيُقْتَلَ

---

(١) كذا، ولعلها: ولم نقف، أو: ولم يُوقَفْ.

شخصٌ ولا يُعلَمَ قاتله، فلا يرثُه مَنْ في الفئة الأخرى من ورثته، لاحتمال قَتْله له، أو مشاركته له، كذا في «العُبَاب» قبيل باب الردَّة.

وكالشكِّ في وجودِ الحَمْل عند الموت، بأنْ يموتَ وتَلِدَ بعده امرأةٌ ولداً يرثُه لو كان موجوداً عند الموت، مع احتمالِ عدمِه بأن تكونَ فراشاً لزوجٍ أو سيدٍ يطؤها ووَلَدتْ بعد وطئه، والموتُ لستةِ أشهر فأكثر، وكذا إن لم تكنْ مفتَرَشةً قطُّ، كما تَفَقَّهه السبكي، ونقله غيره عن الأستاذ أبي منصور في الوصية، فإن كانتْ قد افتُرشتْ قبل الموتِ ـ لا بعده ـ حُكِمَ بكونه موجوداً إلى أربع سنين فأقلَّ منه، وكذا إن كان الحملُ من الميت، لثبوت نسبه منه، وينبغي أن يُمسِكَ الزوجُ والسيدُ في الأول عن الوطءِ حتى يتبيَّن الحال، وحيثُ اتَّفقَ باقي الورثة في حال الشكِّ على وجوده: وُرِّث؛ ولأحدِ تَوْأَمَيْنِ وُلِدَ بعد الستةِ ـ ولو متراخياً وقد سبقه تَوْأَمُه ـ حكمُ مَنْ وُلِدَ فيها، ذكره زكريا في «شرح التحرير» وهو ظاهر.

ولو مات كافر وزوجتُه ـ أو زوجةُ أبيه الكافِر ـ الكافرةُ حاملٌ، ثم أسلمتْ: ورثَ حملُها وإن حكم بإسلامه، لأنه حين الموت لم يُحكم به، وإنما يؤثِّر الشكُّ إذ لم يتحقَّق الإرثُ من الميت، فإن تحقَّق وكان الشكُّ في عين الوارث من منحصرين: وُقِفَ حتى يصطلحوا، وذلك كميتٍ عن أربعِ نسوة، أبانَ بعضَهنَّ ولم تُعْلَم عينُها، فَيُوقفُ لهنَّ نصيبُ زوجةٍ حتى يظهرَ أو يَصْطَلحنَ، وكمن يموتُ عن حاملتين بمن يرثُه، فَتَلِدانِ باثنَيْن أحدُهما حيٌّ ـ كأنْ يُسمعَ بكاؤه ـ ثم وُجِدا ميتين، فَيُوقَفُ نصيبُ واحدٍ كذلك.

وكذلك من يخلِّفُ خنثى يَرثُ باعتبار وضوحه ذكراً لا أنثى، أو عكسه، وكذا في اعتبارِ قدرِ نصيبه إذا ورث، واختلف بهما:

فالأولُ: كمن يموتُ وله بنتانِ وولدُ ابنٍ خنثى، فإنه إن كان ذكراً: ورثَ، أو أنثى: فلا، لأنها محجوبةٌ بالبنتين؛ وكمن يخلِّف أماً، وزوجةً، وأختاً لأبوين، وخنثى لأب، فإنه إن كان أنثى: فلها السدس عائلاً اثنان من خمسة عَشَر، أو ذكراً: فلا، لاستغراق الفروض للمال.

والثاني: كأختينِ لأبٍ، وخنثى له، فإن كان أنثى شاركهما في الثلثين، وباقي المال للعصبة بعدها، أو ذكراً عصَّبها، وتشاركوا في الكلِّ، فيعطَى هو والأختان المتحقِّق وهو ثلثا المال أثلاثاً، ويُوقَف باقيه، وإذا ادَّعى في حال الوقف كونَه ذكراً أو أُنثى صُدِّق بيمينه، إذْ لا يُعْلم إلا منه.

## فــرع

الموقوفُ بين جَمْعٍ لا يُقسم حتى يصطلحوا بتساوٍ أو بتفاوتٍ، أو يَترِكَ بعضُهم حقَّه للباقين ما لم يكن محجوراً عليه، فإن كان: فلوليِّـه المصالحةُ، كما سبق، لكن لا يُنْقَصُ مِن مساواة مَن هو بمنزلته، قال الإمام: ولا بدَّ من تَوَاهُبهم، ليخرجَ به المال عن صورة الوقف، ويُغْتَفَر الجهل للضرورة، وأقرَّه الشيخان، ولك أن تقولَ: صورةُ الصلح هبةٌ في الحقيقة، كما مرَّ في بابه، والهبةُ في حقِّ المحجورِ ممتنعةٌ أيضاً، وإنما يمكنُ فيه الصلحُ عن جهالة، ويكونُ تَرْكُ ما يمكن كونُه له بمنزلة تركِ الآخرِ ما يمكنُ كونُه له لينتفعَ كلٌّ بما يقع له، فإنه خيرٌ من بقاء الكلِّ موقوفاً، فهو من الإصلاحِ المأمورِ به، ولذلك قال ابن المُقْري: حتى يَصْطلحوا أو يَتَواهبُوا، وتَبِعه زكريا في «شرحه» وما وُقِفَ للخنوثة فحتى يتَّضحَ، وإن مات وارثه متحقق[1] فلا بدَّ من الاصطلاحِ كما مرَّ.

---

(١) كذا، والظاهر أنها: وتحقق.

ويتَّضح حاله: ببولٍ أو إمناءٍ من إحدى آلتيه دون الأخرى، فإن وقع منهما فبالسَّبْق وإن تأخر انقطاعه عن الآخر، وإن اتَّفق أولُهما فيتأخَّر انقطاعه، ولا أَثَر لكثرةٍ وقوَّةِ خروجٍ، قالوا: ولا منيٍّ من ذكرٍ كمنيٍّ النساء، أو من فرجٍ كمنيِّ الرجال، قال زكريا: وإنما يأتي على أن صفةَ منيِّهما مختلفةٌ، والأكثرون على خلافه، ومثلُها الحيضُ، وحيثُ تعارضا في الثلاثة أو شيء منها: فمشكلٌ، ولا بدَّ من تكرُّرِ المنيِّ والحيضِ، قال في «المهمات»: والبولِ على المتَّجِه، حتى لو وُجِدَتْ مرةً ومات لم يُحكم بها، قال: والقياسُ اعتبارُ الكثرةِ إذا استويا، كأنْ بال ثلاثاً من واحد، واثنتين من الآخَر، أخذنا بالثلاث، وكذا في السَّبْق والانقطاع، قال: ويُستدلُّ بنقصِ الأنثيين على الأُنوثة، كما صرح به ابن المسلَّم،

ثم إن لم يتَّضح فعليه أن يخبرَ بما في طبعه بعدَ بلوغه ـ لا قبلَه ـ من الميلِ إلى اشتهاءِ النساءِ فيكون ذكراً، أو إلى الرجال: فامرأة، وليس بِخِيرْتِه، فإن وَجَدَ ذلك وكتمه: فُسِّق، كما في «المجموع» عن البغوي وأقرَّه، ولو رجعَ عنه لم يُقْبل وإن وَجَدَ ميلاً لضدِّه، وكذا لا يُنْقَضُ بعلامةٍ، لما سبَق، إلا إذا أَخْبَرَ بما يقتضي ذكورته ثم حَبل، لا عكس فيما إذا ادَّعى الأنوثةَ ثم حَمَلَت موطوءتُه، لإمكانِ كونِه من غيره، لكن يَثْبُتُ نَسَبه لحقِّ الولد، حكاه ابن يونس عن جدِّه واستحسنه جداً، وأقرَّه غير واحد، وعدمُ الرجوعِ إلى العلامة بعد الحكم بالميلِ هو أحـدُ احتمالَيْن للرافعي، صوَّبه النووي، قال الإسنوي: وظاهرُه أنهما لم يَظْفرا فيها بنقلٍ، وقد جزم الماورديُّ والرُّوْياني بالعمل بالعلامة، وهو الصواب، وكلامُ الرافعي في خيار النكاح يقتضيه، وحيثُ حُكِم بميله ثم رجعَ عنه ولم ينقضْه وكان يتعلَّق برجوعه حقٌّ عليه أُلْزِم به قطعاً، قاله الإمام، والنووي في «مجموعه»، ومن ليس له آلةُ رجل ولا امرأة فقال البغوي:

فلا دلالة عليه إلا ميلُه بعد البلوغ، وأقرَّه في «المجموع»، قال الإسنوي: ويعرف أيضاً بالحيض أو المني بصفة أحد النوعين.

## ٨١٣ ـ مسألـة

مات مَن له آلتا الرجلِ والمرأةِ، فأقام رجلٌ بَيِّنةً: أنه امرأته وهذا ولده منها، وامرأةٌ: أنه زوجُها وهذا ولده منها، قدِّمتْ بيِّنتُه أي: الرجل، لزيادةِ العلمِ بالحَبَلِ المتيقَّن، وعن النصِّ أنه يُتْرَك بينهما، ولعلَّه بناء على قوله: استعمالُ البيِّنتين، أي: وهو مرجوحٌ. كذا في «العُبَاب» ويمكن حملُ النصِّ على حال عدم الولد.

## ٨١٤ ـ مسألـة

مَنْ له سببَا إرثٍ، فإن كان أحدهُما يحجُبُ الآخَرَ: ورِّثَ به فقط، كولدٍ هو أخٌ لأم، بـأن يطأ أمَّه بشبهة فَتَلِدَ ولداً ويموتَ الواطىء؛ وابنٍ هو أخٌ لأب بأن يَطَأ بنتَه بها، فتلدَ ابناً، ثم ماتتْ الموطوءةُ، فيرثان بالبنوَّة فقط، ومثلُه أخٌ لأم هو ابنُ عمٍّ، مع بنتٍ حُجِبَتْ أُخُوَّتُه بها، ويرثُ بعصوبةِ ابنِ العمِّ، حتى لو كان في منزلته ابنُ عمٍّ شاركه.

وفي مثله في الإرث بالوَلاء: حيثُ كان للمعتِق ابنا عمٍّ أحدهُما أخٌ لأم، قُدِّم على الآخر، وإن كان عمومتُه لأَبَوَيْن دون الأخ، لأن قُربَ الأخ بأمِّهما أدنى من قُرب الآخر بالجدَّة؛ والفرقُ بينهما: أن القربَ في الفرائض قد أفاد بذاته قدراً معيَّناً في مالٍ مخصوصٍ، فلا يتعدَّى حدَّه، والولاء إنما قوتُّه شدةُ اتصاله بالمعتِق، وفائدتُه العصوبةُ بها لا غير، وهي في الأخ ألصق، وكذا مثله في ولاية النكاح، لأن الجدَّ يقدَّم على الإِخْوة لأصالته.

وحيثُ لا يَتحاجَب السببان، فإن أفادَ أحدُهما الفرضَ، والآخرُ العصوبةَ، ورثَ بهما، كزوجٍ هو ابنُ عمٍّ، له فرضُ الزوج وحقُّه من العصوبة، وإن أفادا فَرضَيْن ورثَ بأقواهما فقط، كأختٍ هي أمٌّ، بأنْ يطأَ بنتَه بشبهة فتلدَ ولداً، ويموتُ الأبُ ثم الولد، فترثُ أمُّه بالأمومة ثلثاً، أو سدُساً، لا بالأُخوَّة وإن كان نصيبُها أكثر، لقوَّة الأم بأنها لا تحجب أصلاً، بخلاف الأخت.

## ٨١٥ ـ مسألـة

ولدُ اللِّعانِ والزِّنا ومَنْ لا يُعرف له نَسبٌ لا يرثُه بالعصوبة إلا معتِقُه، أو مِن يُدْلي به، أو معتِقُ أمِّه أو من يُدْلي به، وترثُه أمُّه وأولادُهما وأمهاتُها بالفرضية لا غير، كغيره، ثم مالُه أو باقيه مالُ مَنْ لا وارثَ له، على ما سَبَق.

## ٨١٦ ـ مسألـة

من ادَّعَى إرثَ شخصٍ: فلا بدَّ من بيانِ سببِه من كونه: ابناً، أو أخاً، أو عماً، أو ابنَه: من أبوين، أو أب، أو أمٍّ، أو جدِّ الأب، أو أنه مولاه بأيِّ وجه، وكذا الشهادةُ به، قال الغَزِّي: ولا بأسَ باستثناء الفقيهِ الموافقِ لمذهب القاضي، أي: ليُقْبَلَ وإن لم يُفْصَل، أما لو حكم القاضي بأنه وارثُه لا وارثَ له غيرُه: فيحملُ على الصحة، قاله شُرَيح، قال الغَزِّي: وهو في قاضٍ عالمٍ ولا شكَّ فيه قال: ويُقاسُ به نظائره، أي: كلُّ حكمٍ أجمله مما أولُ أمرِه التفصيل.

ومن أقرَّ بنسب شخص إلى مورِّثه لا إلى نفسه، وعلى المقرِّ ولاءٌ لغيره، لم يُقْبَلْ إقرارُه، كما مرَّ، قال تاج الدين الفَزَاري وكذا مَن ظاهرُه

أن لا وارثَ له إلا بيتُ المال لو أقرَّ بأخٍ مثلاً، والمنقولُ في هذه القَبولُ، وسبق آخرَ الإقرار بيانُ كثير من ذلك.

## ٨١٧ ـ مسألة

أفتى الفقيه عبد الله بامُخْرَمه بأن من خلَّف مالاً لورثته بقَصدِ إعفافِهم عن الحاجة إلى الناس ونحوه مأجورٌ بذلك، لقوله صلّى الله عليه وسلّم(١): «إنك أن تَدَع ورثَتَك أغنياءَ خيرٌ من أن تَدَعَهم عالةً يَتَكَفَّفون الناس»، قال: وهذا في غير الغَرْس من الشجر ونحوه، أما فيه فأَجْرُه له حياً وميتاً ما بقي منه شيء.

## ٨١٨ ـ مسألة

ذَكَرَ الأئمةُ أنه يُبْدَأ بدَيْنِ الميتِ، ثم وصاياه، قبل الإرث، ولعلَّ وجوبَ الترتيب عند المزاحمة.

فلو دفعَ الوصيُّ ـ مثلاً ـ مائةً للدَّيْن، ومائةً في وصاياه، ومائةً للوارث معاً، أو استأجر من يَحجُّ ويَعتمرُ ويَزورُه صلّى الله عليه وسلّم عنه في عقد واحد، قال أبو مَخْرمة: فلا أرى أحداً من الأصحاب يمنعُ صحةَ كلِّ ذلك، بل لو أُفرِزَ قدرُ دَيْنٍ غائبٍ إلى الوصيِّ فللورثةِ التصرُّفُ في الباقي وقسمتُه، فيما يظهر، انتهى.

أقول: والوصيةُ لغائبٍ أو لأمرٍ يتأخَّر كالدَّيْن في الاكتفاء بإفراز ما لذلك، ليأخذَ الوارثُ ما بقي، قال: فلو تلفَ ما أُفْرِزَ بيد الوصيِّ قبلَ

---

(١) قاله لسعد بن أبي وقاص لما مرض وخشي الوفاة، فاستأذن النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم أن يتصدَّق بماله كلِّه، فلم يأذن له، حتى بلغ الثلث قال له: «الثلث والثلث كثير ـ أو كبير ـ إنَك أن. . ». وهو في الصحيحين وغيرهما.

نفوذه بلا تقصيرٍ فكديْنٍ حَدَثَ في التركة بنحو تَرَدٍّ في بئرٍ حفرها المُوْصي عدواناً، فإن غرمه الورثة وأَدَّوْه، وإلا نقضَ قسمتَهم.

## ٨١٩ ـ مسألـة

أفتى أبو مخرمةُ أيضاً بأن من لا وارثَ له ولا رحمَ لو كان لمعتِقه أرحامٌ غيرُ عصبةٍ لا يُعْطَون لذلك، بل هم كغيرهم وإن ورَّثنا أرحامَ الميت، إذْ صِلَتُهم مطلوبة.

# كتاب الوصايا

هي واجبةٌ على مَنْ عليه حقٌّ لا حجةَ به، أو خافَ كَتْمه، وسنةٌ لغيره وإن قلَّ مالُه وكثُر عياله، وهي أَولى لمن هو أَولى بالصدقة غيرَ وارث، والتصدُّق في الحياة ثم في الصحة: أفضلُ من غيرهما. ولا وصيةَ إلا من مكلَّف ـ ولو سفيهاً، ومرتداً ثم أسلم، ومبعَّضاً في ملكه ـ كالإرث، كما رآه الزركشي، قال زكريا وغيره: إلا بالعتق.

وتصحُّ ببناءِ كنيسة، وإسراجها لنَفْع نازلٍ ولو لأهل الذمة، لا لتعبُّدٍ ونحوه، وبعمارةِ قبورِ الأنبياء والأخيار، قال الزركشي: أي بتسويتها وحفظها، وفي «الذخائر»: لعله بناءُ قبةٍ كالعادة إن كانت في مِلك الموصِي ونحوه، لا في المقابرِ المُسَبَّلة، ولا بناءِ القبرِ نفسِه، للنهي عنه، قال زكريا: وهو المتبادر، أقول: والمرادُ ما ينفعُ الزائرَ، لا ما قُصِد به التعظيم في الظاهر.

وتصحُّ للحَمْل إن حَيِيَ وعُلِم وجودُه عندها ـ كما مرَّ في المواريث ـ لا لمن يُسْتَحْدَثُ، على المعتمد، ويَقْبل له وليُّه إذا وُلد ولو وصياً، فإن قَبِلَ قَبْلُ: قال القفال: لم يكفِ؛ وقال غيره: يكفي، كمن باع مالَ مورِّثه ظاناً حياتَه فبان ميتاً، وصحَّحه الخُوَارَزْمي، وجزم به في «العُبَاب».

وللعبد ـ على ما مرَّ ـ في معاملاته، وهي لسيِّده، فإن أراده له قال في «المطلب»: لم تصحَّ كالوقف، وفرَّق السُّبْكي بأن استحقاقَه ممكنٌ بعتقه قبلَ موته، أي: فتصحُّ إن عتق قبلَه ويكون له، وإلا فلا، قال زكريا: وقضيةُ فَرْقِه أنه لو قال في الوقف: وقفتُه على زيد، ثم على العبد لنفسه: صحَّ، ويكونُ له إن عتق وهو متَّجه، وهي في المُبَعَّض[1] لمن قَصَدَ الموصي، فإن أطلق فلهما، إلا أن تكونَ مهايأة[2]: فلصاحب النَّوْبة، كالهبة، ويُعتبرُ يومُ القبضِ فيها، ويومُ الموت هنا؛ وإذا أوصى لعبدٍ ثم بِيْعَ: فلمشتريه، أو لعبده: فوصيةٌ لوارث، فلو وصَّى بعتقه وله مال، فلم يَحْمِلْهما الثلث، قُدِّمت رقبتُه.

وإن أوصى بعَلَف دابةِ غيرِه فباعها: فهو للمشتري، فإن مات الموصِي قبلَ البيع: فهو للبائع، فإن قَبِل لزمه صرفُه لعلَفها وإن كانت لغيره، ومثلُه الوصيةُ بعمارة دار شخص، ولا بدَّ من قبولٍ منهما له، فإن قَصَدَ تمليكَهما أو أطلق بطلت، ومثلُ الإطلاق: حَلِفُ الوارثِ على عدم علمِه بقصده، وحيثُ صحَّتْ تولَّى ذلك الوصيُّ ثم القاضي.

وتصحُّ لمرتدٍّ إن لم يمتْ على رِدَّته، وإلا بَطَلت، نبَّه عليه البُلْقيني وغيره، ولمسجدٍ، ويملكُها على الأصحِّ الأفقهِ عند النووي، ويحملُ عند الإطلاق على عِمارته ومصالحه، على ما بيَّنَّا في الوقف، وللوارثِ إن أجاز سائرُ الورثة، فإن قال: فإن لم يُجيزوا فلزيدٍ فَرَدُّوهَا، وقعت لزيد، وكذا الوصيةُ بزائدٍ على الثلُث، فلو زادتْ عليه والوصيةُ لوارثٍ أو أجنبيٍّ ولم يُجيزوا إلا ما لزمَ: صحَّ للأجنبي ما حَمَله الثلُث.

---

(١) هو العبد المشترك بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه منه، وبقي نصيب الآخر منه ملكاً له.

(٢) أي: مناوبةً.

فإذا أوصى لوارثٍ بثلُثه، ولأجنبيٍّ بثلُث، فردُّوا ما زاد على الثلث منهما، ارتدَّ ثلثُ الوارِث فقط، أو بتركتِهِ بينهما نصفين، صحَّ للأجنبيِّ ثلثُها وغيرهُ موقوفٌ على الإجازة. ولا تصحُّ الإجازة إلا من: وارثٍ خاصٍّ مطلق التصرُّف، فمن ورثَه بيتُ المال لم يصحَّ منه بزائد على الثلث، ورجَّح البُلْقينيُّ جواز إجازةِ ذلك من السلطان، كما له التبرُّعُ به إن رآه اتفاقاً.

ومَنْ وارثُه صبيٌّ ونحوه، فهل يَبْطُل ما احتاج لإجازته، أو يُنتظر كمالُه، أو يردُّها وليُّه؟ فيه احتمالٌ للأذرعي، قال: وقد أفتيتُ بالبطلان فيما لا أُحصي، وهو ظاهرٌ إذا كانت لوارثٍ، لظهورِ قصدِ التخصيص، وفيه لغيره حَسَكَةٌ[1]، قال أبو مَخْرمة: والذي ينبغي الفتوى به البطلان مطلقاً، وظاهر كلام زكريا والمُزَجَّدِ الميلُ إلى الوقف، لكن قال في «العباب»: لا يلزمُ الوليَّ ردُّ الوصية، وله التصرُّف في العين، فظاهرُه أن له الردَّ وأن له التصرفَ بغير تلفُّظٍ به ويكون ردّاً، وأنه إن لم يفعلْ بقيَ موقوفاً إلى كماله، ولما ذكره قوةٌ، لئلا يطُولَ أمدُ الانتظار مع حاجته إليه، وقد يعظُمُ الإضرارُ به لو ألزمناه التوقُّفَ في كلِّ شيء، بأن يُوصيَ بكلِّ ماله لشخصٍ، ووارثهُ طفلٌ محتاج، فلو وَقَفناه لتضرَّرَ مع حضورِ مالَه سلطنتُه، ويكونُ ذلك طريقاً للإضرار المنابذ للشرع، قال الأذرعي: والقياسُ صحتُها من مفلِسٍ محجورٍ، بناءً على الراجح أنها تنفيذٌ لا ابتداءُ عطيةٍ، والأشبهُ المنع، وسبقت في بابه بزيادة.

ولا تصحُّ الإجازة إلا في عين، أو فيما يَعلَم المُجِيزُ قدرَه من التركة، فإن ظنَّ كثرتَها فأجاز، فبان قلَّتُها: حلَّف على ظنه وصحَّ في قَدْر ما

---

(١) مراده: وَقْفةٌ، أي: في فتوى الأذرعي بالبطلان توقُّفٌ من قِبَلِ غيره من العلماء.

يظنُّه، ولا رَدَّ. ولا إجازة إلا بعد الموت، فلو قال: أوصيتُ لزيدٍ بألفٍ إن تَبرعَ لابني بخمسمائة، فقبلَ وأدَّى الخمسَ [مائة] لزمتْ، قيل: وهي حيلةٌ في الوصية للوارث. وتصحُّ وصيةُ كافرٍ بماله كلِّه حيثُ يرثُه حربيُّون على الأصح، وإذا أجاز بعضٌ نَفَذَ في قسطه.

ولا بدَّ في الوصية لمعيَّن من القبول، ويَقبلُ للمحجور عليه وليُّه، فإن لم يكن فالحاكمُ، وكذا إن غاب، قاله أبو مخرمة، فإنْ أخّره الموصَى له فلوارثه مطالبتُه، فإن أَبَى حكم عليه القاضي بالردِّ، وقبولُ بعض الوصيةِ كَهُوَ في الهبة، وسبق، فإن مات بعدَ الموصِي قَبِلَ ورثتُه، فإن قَبِلَ بعضٌ صحَّ في حصته، ومن وصَّى بعتقه: لم يُحْتَجْ له، أو برقبته له: اشتُرِط، كما لو وهَبَه أو ملَّكه إياهما حياً، ولا بدَّ من فَوْره فيما في الحياة، فإن نَوَى به العِتْق عتق بلا قبول، وحيثُ كان طفلاً فهل يُتَرَقَّبُ بلوغُه، أو يَقبلُ له سيِّدُه كوليِّ المحجور؟ احتمالان، قال الأذرعي: ويبعُدُ كلَّ البعد إفسادُها، فلو أوصى بعتق من يَختارُه من رقيقه: صحَّ، كما ذكر، كقوله: أعتقتك إنْ شئتَ بعد موتي، أي: فيُعتق الوصيُّ ثم الحاكمُ من اختاره، ويتناولُ كلَّ مملوك عند موته وإن حَدَثَ مِلْكُه بعد الوصية، قاله زكريا، قال: ولو أوصى له بشيء صحَّ.

وللتبرُّع في مرض الموت حكمُها في تقديم الدَّين عليه إنْ ضاق المال، وحُسبانِه من الثلث، واعتبارِ الإجازةِ إن كان لوارثٍ وإن مات فيه بغيره كقَتْلٍ، وتصحُّ معاملتُه له بعوَضٍ بلا غَبْنٍ، وقضاؤه أحدَ غرمائه وإن لم يبقَ لغيره ما يوفِّيه، وكذا رَهْنُه عيناً بدَيْنه إن أقبضَه إياها هو، لا وارثه، فيقدَّم بها، قاله المُزَجَّد ونقله عن البُلْقيني.

ويُستثنى من اشتراط القبول: ما لو أوصى لغيرِ آدميٍّ

ـ كالمسجد ـ فالأقربُ ـ كما قال الأذرعي ـ عدمُ اشتراطه، وما لو وقف شيئاً على وارثه ـ وحَمَلَه ثُلُثه[1] ـ فينفُذ، وكذا عل الورثة بقدْرِ إرثهم منه، فإن زاد أحداً على قِسْطه فللآخرين ردُّ الزائد، وإن زاد على الثلُث فلهم ردُّ ما زاد، فلو وقف على ابنه وبنته شيئاً نصفين، فللابن ردُّ السدُس إذْ هو من قِسْطه، ولها ردُّ نصفِه مما عليها لتأخذَه مِلْكاً بإزاء سُدُسه، ويبقى نصفُه وَقْفاً عليها، ورُبعُه عليهما إن حَمَلَهما الثلث، فلو لم يخلِّف الأبُ غيرَه فلهما ردُّ ما زاد على ثُلُثه، ليكون مِلْكاً لهما، فالثلُث وقفاً بينهما ويكون أثلاثاً بينهما، ومثلُ ذلك الوقفُ المعلَّق بالموت، كما سبق أن الأصح صحتُه. والدَّيْنُ مقدَّم على كل تبرُّع بعد الموت، أو في مرضه ما لم يبرأْ منه.

ولا تصحُّ الوصيـةُ إلا بما يَقْبلُ النقلَ ولا كراهةَ فيه، لا بقصاص، وحقِّ شفعـة، ولا بإطعام النائحة، أو جَعْـلِ مِخَدَّة تحتَ رأسه[2]، لكراهته، وكذا إطعامُ من يأتي للعَزَاء به، قاله موسى بن الزين، وجوَّزه القاضي القماط، ويُحملُ المنعُ على إطعامِ شاهِدِي جنازته، للنهي عنه، أو مَنْ يأتي بصورةِ تعظيمِ المصيبة، أو مع اجتماع قرابته لمن يأتي لذلك، والجوازُ على غيره.

وتصحُّ بخَمْرٍ محترمة، وزِبْل، وكلبٍ معلَّم، فلو أوصى بخمرٍ أو كلبٍ وله ذلك، وخمرٍ وكلبٍ لا بتلك الصفة: حُمِلتْ على ما تصحَّ فيه، كما في طبلِ حربٍ يَحِلُّ، وطبلِ لهوٍ يَحْرُم.

وتصحُّ بثمرةٍ ولو ما يحدُثُ، فإن احتاجتْ أو شَجَرُها لسقْيٍ لم يَلْزَم

---

(١) أي: اتَّسع له ثُلُثُه.

(٢) أي: في قبره.

الموصَى له، ولا الوارثَ، فلو قال: أوصيتُ بما تحملُه الشجرةُ، فإن عيَّن عاماً تعيَّن، وإن قال: كلَّ عام: تَأَبَّد، وكذا إن أطلق، على الظاهر لابن الرِّفْعة، وتصحُّ بالحَمْلِ الموجودِ، والحادثِ وعَلِمَه ـ كما سبق في الموصَى له ـ فإن انفصلَ مضموناً فالوصية بقيمتهُ لانها بدلُه، وفي حَمْل البهائم، ويُعْرفَ بالعادة، ولا قيمةَ له بخروجه ميتاً، إذ المضمـونُ نَقْصُ الأم، ويصحُّ القبولُ حالة اجْتِنانه.

ولا يكفي القبولُ قبلَ العلمِ بموتِ الموصي وإن بان موتُه حينئذ، ويعتبرُ الثلُث بحالِ الموت، وقيمةُ المَفُوتِ في مرضه بحينِ التفويت، وما إلى الوارث بأقلِّ قيمةٍ من الموت إلى قبضه. وإذا تبرَّع مريض، فادَّعى الوارثُ موتَه من مرضه، والمتبـرَّعُ عليه بُرْءَه قَبْلُ: صُدِّق الوارث بيمينه إن كان مَخُوفاً، وإلا فالآخر.

ومِنْ صِيَغِ الوصيةِ: ملَّكْتُه، ووَهَبْتُه بعد موتي؛ وفي قوله: ثُلُثُ ما لي للفقراء: تَرَدُّدٌ، والأشبهُ كونُه كنايةً، ويصح تعليقُها: كإنْ رُزِقتُ ولداً فلك كذا وصيةً، وكذا: إن شاء زيدٌ، فشاء؛ وفي ملك غيره إن قال: إن مَلَكْتُه، فإن أطلق ثم مَلَكَه فكذلك عند النووي، وقال ابن الرِّفْعة: الظاهرُ بطلانُه، ونقله البُلْقيني عن النصِّ وعن جَزْم الرافعي به في الكتابة، وقال: هو المفتى به، ووافقه جماعة.

وتصحُّ بمبهمٍ: كأحدِ هذين، ومجهـول: كعبدٍ، وبما يَعْجِزُ عن تسليمه: كآبقٍ، ودَيْنٍ على مُماطل، لا لمجهولٍ: كأوصيتُ لأحد هذين، فلو قال: إن وَلَدَتْ جاريتي ابناً: فهو وصيةٌ لزيد، أو أنثى فلعمرو، فجاءت بخنثى، فقيل: لا حقَّ لهما فيه، وقيل: يُوْقَف بينهما حتى يتَّفقا، قال الأذرعي: وهوالأقربُ، وتصحُّ في قوله: أَعطوه أحدَهما، ويتخيَّر الناظر.

## ٨٢٠ ـ مسألـة

مَنْ أوصى بثلُثه يُصْرَف منه كذا وكذا، ففُعِل ذلك، وبقـي من الثلُث بقيةٌ، فيحتملُ أن يُرَدَّ على الورثة، كما ذكروا فيمن أوصى بعتقِ رقبةٍ أو رقابٍ، فلم يَكْفِ تمامَ رقبةٍ: أنه يرجعُ إلى الورثة، وكذا في الحجِّ وغير ذلك، والظاهرُ صرفُ البقيةِ للمساكين، كما إذا أوصى بثلثه، ولم يذكُر مصرِفَه كما يأتي.

نعم إن قال[1]: أوصيتُ بثلُثي لله تعالى، يُصرَفُ منه كذا وكذا، وسكتَ فالفاضلُ عن المذكورات يُصرف في وجوه القُرَب، كما ذكره في «الروضة».

## ٨٢١ ـ مسألـة

من أوصى بثلث ماله فقُتِل، ولزم بقتله دِيَةٌ، فظاهرُ كلام الأصحاب دخولُ ثلُثِها في الوصيةِ، سواءٌ كان له مالٌ غيرهُا أم لا.

## ٨٢٢ ـ مسألة

من أوصى لمحمدٍ ابنِ بنته، وله بنتان لكلٍّ منهما ابنٌ اسمه محمد، ومات، فإن عيَّن الوارثُ أحدَهما أنه المراد: اتُّبِعَ تعيينُه، فيما يظهر، وإلا فيحتملُ بطلانَ الوصية، كما لو أوصى لأحدهما مبهماً، ويحتملُ صحتَها ـ وهو الظاهر ـ لأن الموصَى له معيَّنٌ باسمه العَلَم لا يَحتملُ إبهامَه إلا في القصد، وقد علمنا تعيينَه، ويُوْقَفُ حتى يصطلحا، ولا يُرجعُ إلى تعيين الوارث مَنْ شاء منهما بِخيرته، وفي كلامهم فيمن أوصى فقال: إنْ

---

(١) في الأصل: إن قالت.

كان في بطنها ذكرٌ فله كذا، فأتتْ بولدَيْن ذكـريْن: حيثُ صحَّحوا الصحةَ، مـا يُقَرِّبُ ما قلنا، وإنما حكموا بتخيير الوارث فيها بينهما ليعطيَهما من شاء منهما، لتحقُّق إبهام الموصَى له أصلاً فيهـا، وأنه مفوَّضٌ لمن ينوبُ عنه، وهو الوارث، بخلافه في مسألتنا فهو معيَّن، وإنما أُشكل عَلينا عينُه فَيُوقَفُ، كزوجتين زوَّجَهما وليَّان لمن في عَقْده ثلاث نسوة، فتكون إحداهما خامسةً، وعُلِمَ سبقُ إحداهما، وجُهلَتْ ومات الزوج، حيث يوقفُ ميراثُهما حتى يصطلحـا، في أمثالٍ كثيرةٍ للمسألة، نعم لو ادَّعى أحدُهما أنه المرادُ فله تحليفُ الآخرِ أنه لا يَعلمُه أراده، فإن نَكَلَ حلف المدَّعي وقدِّم.

## ٨٢٣ ـ مسألـة

للموصي الرجوعُ في الوصيةِ أو بعضِها، ويحصلُ بقولٍ أو فعلٍ يدلُّ على إرادةِ إبقائه، كالأمرِ ببيعه ولو بعد موته، أو بعتقه، فيبطُلُ الأول، وقياسُه في عكسه في العتق بطلانُها به، كما أشار الشيخان إليه، لا ما فهمه بعضُهم من تقديمه، وإن تقدَّم.

فلو أوصَى ببيعِ عينٍ وصَرْفِ ثمنِها لجهةٍ، ثم أوصَى به وصَرْفِه لأخرى، قُسِم بينهما لاتِّحـاد جنسِ الوصيتين. وكذا لو أوصى بعبدٍ لزيدٍ، ثم دبَّره، كان رجوعا على الأصح، لأنه تصرّفَ فيه بما يرفعُ مِلكه، فهو أقوى من الأمر ببيعه، أما إذا دبَّره، ثم أوصى به، ففي كُتُب الشيخين وغيرهما: صحةُ الوصية، ويبطُلُ بها إن تمتْ، وهو مشكلٌ جداً، فإن قيلَ به وكانت الوصيةُ بثلث ماله مطلقاً ولو قبل التدبير: قال أبو مخرمة: فينبغي أن يُشْرَكَ، لأن المعتبرَ مالُه عند الموت، والمدبَّر منه، ويكونُ ذلك كمن أوصى لزيدٍ بدارٍ، ثم أوصى بها لعمروٍ، أوبرُبُعِها، أو عكسه

مثلاً، ولم يتعرَّض في الثانية لما يُشعِر برجوعه عن الأولى، قالوا: فلا يكونُ رجوعاً، لاحتمال نسيانها، ويَثْبُتان ثم يَقْتَسمانها، وفي كيفية القسمة فيما اختلف وجهان:

أحدهما: قولُ القاضي حسين: إن ما ليس فيه مزاحمةٌ يختصُّ به مَنْ له الكلُّ، وهو ثلاثة الأرباع في هذه الصورة، وما بقي ـ وهو الربُع فيها ـ يتناصَفانِه، فيكونُ في هذه لصاحب الربُع ثُمُنٌ، والباقي للأول، وقوَّاه الأذرعي، وهي شَبيهة بما إذا اشتركَا في يدِ بيت من دارٍ، واليدُ في باقيها لأحدهما، وتَدَاعَيا الدار، فإن اليمينَ في البيت بينهما، فإذا حَلَف قُسِم بينهما، واليمينُ في الباقي لصاحب اليدِ، فيحلفُ وحدَه ويختصُّ به.

والوجه الثاني ـ وهو المذهب ـ قولُ ابن الحداد: إن الموصَى به يُقْسَمُ على حسب قَدْر الوصيتيْنِ، على نسبة ذلك، كما في العَوْل في المواريث، والردِّ على أهل الفرض حيثُ لا عصبةَ، ففي هذه يقال: لصاحب الربُع خمسُ الدار، لأن وصيتَه واحدةٌ من جملة الوصيَّتَيْن اللتيْن هما خمسة أرباع؛ وحيث تَزَاحَمَتْ وصيتان فردَّ أحدُ الموصَى لهم وصيتَه بقيتْ الأولى تامة، ومن أوصى لزيد بداره، ثم أوصى بمنفعتها لآخـر، وقعتْ للآخَر، فهو رجوعٌ عنها دون الرقبة.

## ٨٢٤ ـ مسألـة

سبقَ في الوَقْف بيانُ الألفاظِ المطلقةِ فيه، وفي الوصية، وغير ذلك مما يدخل فيهما؛ ومن ذلك:

من أوصى بثلُث ماله لله، فيصحُّ ويصرفُ في وجوه القُرَب، فإن قـال: أوصيتُ بثلُثي فقط، صحَّت أيضاً، بخـلاف الـوقف، ويقـعُ

للمساكين، لأنهم غالبُ مصرِفِ الوصايا، ذكره في «الروضة» قُبيل الشرط الرابع: بيانُ المصرِف من باب الوقف، فلو قال: على يدِ فلانٍ يصرفُه فيما رأى فيه المصلحة، فله صرفُه فيما رآهـا فيه من إطعامٍ، وعتقٍ، وشراء عقار يُسْتَغَلُّ وتكون غلَّتُه لذلك، أو مصحفٍ يقرأ المسلمون فيه، وما دام نفعُه فهو أفضل، وكذا دفعه للفقراء، وأهل الخير، وفي المساجد، قاله القاضي ابن عبسين، وصحَّحه الفقيهان عبد الله بافضل، وابنه أحمد شيوخنا، إلا أن عبدالله استشكل جواز العتق.

## ٨٢٥ ـ مسألـة

الحَمْلُ المقارنُ للوصية يدخُل في الوصية بالأمِّ مطلقاً، إلا في احتمالٍ للرافعـي، وله إفرادُ أحدِهما بها، ومثلُه: اللَّبَن والصوف، وحيث كانت فراشاً لم تدخُل إلا إن وَلَدَتْ لدون ستةِ أشهر منها، أو اعتـرفَ هو أو وارثُه بوجوده عندهـا، والمعتبر في حَمْلِ البهيمة عادتُها عند الُخبرَاء، ويدخُل ثمرُ الشجرةِ وغيرِهـا حيثُ دخل في مطلق البيع، كما في «العُبَاب»، إلا أن يتأبَّر قبلَ موت الموصي، كما في «فتاوى» أبي مخرمة، ولا يدخُل ما حَدَثَ بين الوصية والموت منهما، وإن ماتَ قبلَ انفصالِ الولـدِ، وتأبير الثمرِ، ويبقى للوارث إلى جُذاذه على الظاهر، ووقع في «تدريب» البُلْقيني ترجيحُ عدمِ دخولهما في مطلَق لفظها بكلِّ حال، وهو مرجوح، نعم إن علَّق عتقَ جاريةٍ بالموت أو غيره فوُجِدَ وهي حامل تَبِعها وإن استثناه.

## ٨٢٦ ـ مسألـة

حيثُ أوصى بوصيةٍ وقال: لا يَلْحَقُ نصيب بنتي ـ مثلاً ـ منها شيء،

لم يلزم إلا بإجازةِ بقيةِ الورثة، كما ذكره صاحب «شرح فروع» ابن الحداد وأبو بكر بن السَّبتي وقال: لا يتَّجه غيرُه، ونقله بعضُهم عن «تصحيح» الرافعي، والشيخ زكريا، وأئمة غيرهم، وفيه نظر، فإنْ أجازوا، ورضِيَتِ البنتُ بأن تَحْمِلَ في نصيبها قسطَه من الموصَى به: لزمتْ، كا هو ظاهر كلامهم، وطريقُ تصحيحِه مع الإجازة: معرفةُ نصيب البنت بلا وصية، وقدرِ الثلث، ثم يُنْظَرُ أصلان يخْرجان منه، فمن أوصَى بثلثه وله بنت وأخٌ، فلها واحدٌ من اثنين، وللموصَى له واحد من ثلاثة، فيضربُ أحدُهما في الآخر يحصلُ ستة، فتصحُّ منه للبنتِ ثلاثةٌ، وللوصية اثنان، والباقي للأخ، فإن امتنعَ ورضيت بالوصية من رأس المال: فلكلٍّ منهم واحدٌ من ثلاثة، وإن لم يتفقوا فإن كانت صيغتُه: أَوصيتُ له بكذا من نصيبِ فلان: لم يصحَّ، أو: أوصيتُ له بكذا ولا يَلحقُ نصيبَ البنتِ شيءٌ ـ كما صوَّرنا: فالذي أفتى به ابن حجر الثاني صحتُها من أصلِ ثلثِ المال، أخذاً بأول كلامه، وإلغاءً لما زاد، ونَقَله عن مقتضى كلام ابن الهائم، والشيخ زكريا، وأئمة غيرهم، وفيه نظر.

## ٨٢٧ ـ مسألـة

الوصيةُ بالمرهون صحيحةٌ على الأصح، ثم إنِ انفكَّ في حياةِ الموصِي تمَّتْ، وإن مات ـ وهو رهن ـ ففيه آراء سبقتْ في كتاب الرهن، وفيه: الميلُ إلى بقاءِ الوصية، وسيأتي أيضاً مع بيان الحكم في مقارنةِ دَيْنٍ على الموصي لذلك، في مسألة: مَنْ عليه دينٌ الآتية[1].

ومن ذلك: من ماتَ وعليه دَيْنٌ، فأوصَى وارثُه قبل قضائه بنصيبه من

---

(١) برقم ٨٣٠.

تركِته، لأنها رهنٌ بالّدين، وموتُ الوارثِ قبل القضاء كموت الراهن، كذا أفتى به أبو مخرمة وهو هنا أولى بالصحة، كما يجتمع في الترِكة الدَّيْنُ والوصيةُ إجماعاً.

## ٨٢٧ - (مكرر) مسألة

ينفعُ الميتَ الدعاءُ والصدقةُ إجماعاً، قال السُّبْكي: ومعنى ذلك في الصدقة: كأنه تصدَّق بذلك، وفي الدعاء: أن يحصُلَ له المدعوُّ به إنْ قَبِله الله تعالى، لا كونُه من عمله إلا أن يكونَ من ولده، لأنه سببُ وجودِه كما في الحديث: «إذا ماتَ ابنُ آدمَ انقطعَ عَمَلُه إلا من ثلاثٍ: صدقةٍ جاريةٍ، أو علمٍ يُنْتَفَعُ به، أو ولدٍ صالحٍ يدعو له»[١]، وكونُ الأَوَّلَيْن من عمله لأنه سببٌ فيهما، والجاريةُ هي كالوقف، وفي معنى ذلك: وقفُ مصحفٍ، أو حَفْرُ بئر، أو غَرْسُ شجر عنه.

وفي التضحية عنه وجهان، صحّح في «المنهاج» مَنْعَها بغير إذنه، وسَبَق حكـمُ الحجِّ عنه في بابه، والزيارةِ والقراءةِ في الإجارة، ولا يُصَامُ عنه إلّا قضاءُ الفرضِ بعد استطاعته، ولا يُصلَّى عنه إلا ركعتا الطواف، واختار ابنُ أبـي عَصْرونَ والسبكيُّ جوازَ الصلاة عنه، وفي البخاري عن ابن عمر الأمرُ فيمن مات وعليه نَذْر[٢]، وقال المحبُّ الطبري في «غاية الأحكام»: المختار أن كلَّ طاعةٍ يفعلُها الحيُّ عن الميت من صلاةٍ وذكر

---

(١) رواه مسلم في كتاب الوصية - باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ١١: ٨٥.

(٢) في كتاب الأيمان والنذور - باب من مات وعليه نذر ١١: ٥٨٣ الباب رقم ٣٠ معلَّقاً على ابن عمر تحت الباب، لا مسنداً كما توهمه عبارة المؤلف، وسلمت منه عبارة النووي في أوائـل شرحِ مسلم ١: ٩٠، ولفظ البخاري: «أمر ابن عمر امـرأةً جعلتْ أمُّها على نفسها صلاةً بقُبـاء فقال: صلِّي عنها، وقال ابن عباس نحوه».

ودعاء يلحقُه ويُرْجَى له بركتُها، وهو قول الإمام أحمد، وحَكَى في «الحاوي» جوازَ الصلاة عنه عن عطاءٍ وإسحاق بنِ ـ راهُوْيَهْ، وهو المعتقَد وعليه المعتمد، وإن لم يجزم به في إسقاط الفرض عنه احتياطاً، ونجزمُ به في الصوم للحديث[1] انتهى. أقول: وفيه سَعَة.

ومنع بعضهم كلَّ ذلك للآية: «وأنْ ليسَ للإنسانِ إلا ما سَعَى»، ونحن نحتملُ أن معناها: لا يَسْتحقه إلا ما سَعَى، وإنما يَصِلُه غيرُه فضلاً من الله، أو أن معنى «للانسان»: عليه، كقوله: «وإنْ أَسَأْتُمْ فَلَها» كما ذكره الماورديُّ، وقال الأذرعيُّ في «التوسط»: أَسنَدَ البيهقيُّ في «الدعوات الكثيرة»[2] عن العلاء بن الحلَّاج[2]، عن أبيه أنه قال: إذا أَدْخلتُموني قبري في اللَّحْد فقولوا: بسم الله، وعلى ملَّةِ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، وشُنُّوا علَّي التراب شَنّاً، واقرؤوا عند رأسي أولَ البقرةِ وخاتمتَها، فإني رأيتُ ابنَ عمر يستحبُّ ذلك، قال البيهقي: هذا موقوفٌ حسنٌ انتهى، وفيها حديث آخر رواه الدارقطني مرفوعاً سَبَق في الإجارة[3] مع زيادات.

---

(١) هو حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: «من مات وعليه صيام صام عنه وليُّه». وحديث ابن عباس في سائل قال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها؟ قال: نعم فَدَيْنُ الله أحقُّ أن يُقْضَى». رواهما البخاري في كتاب الصوم ـ باب من مات وعليه صوم ٤: ١٩٢ (١٩٥٢ ـ ١٩٥٣).

(٢) تحرف في الأصل إلى «الدعوات الكثيرة» و «الحلاج». والقصة معروفة، ولها قصة مشهورة أيضاً مع الإمام أحمد رضي الله عنه لما أنكر على من رآه يقرأ على قبر، فلما أُخبر بهذه القصة أرسل إلى الرجل أن يرجع إلى القَبر فيقرأ عنده. ذكرها الإمام ابن القيم رحمه الله في كتاب «الروح» ص ١٣ من الطبعة المنيرية.

(٣) أوائل كتاب الإجارة قبل رقم ٦٩٣، وعلَّقت عليه أنه ليس في «سنن الدارقطني» ولا في القسم الذي طُبع من «علله» وأن السيوطي رحمه الله عزاه في «الجامع الكبير» ١: ٨٣٧ إلى «الرافعي عن علي».

وهل يَنفعُ ما يُقرأُ عن الحيِّ؟ قطعَ بعضُ أهل اليمن بمنعه، وعن الإمام أحمد بن التهامي فقيه ريمة أنه كالميت، قال الأزرق: ونحوه في «عوارف المعارف» وهو من باب الصدقة، فيتجه جعلُه كالتضحية عنه انتهى.

أقول: ومما يؤيِّد الاتساعَ في كلِّ ذلك ما صرَّح به الأصحابُ في الضَّحِيَّة أنه لو نَوَاها لنفسه وأراد إشراكَ أهله في بركتها وثوابها، فقال: عنِّي وعن أهلي بتلك النيَّة جاز، وفي فتوى بعض الأئمة في من قال: اللهم اجعلْ ثوابَ ذلك لفلانٍ خاصةً، وللمؤمنين عامةً: أنه يجوز، ويكون دعاءً بتخصيصه بمزيد من الأجر، وكذا من قال: اللهم اجعلْه زيادةً في شرفِ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وذويه، ومن بركاتِ ذلك أو ثوابِه حظاً لفلانٍ، للتوسُّل للإجابة، وطلب زيادة الزُّلْفَى لهم وله صلّى الله عليه وسلّم وعليهم، وبنحوه أفتى زكريا قال: بل هو أولى. وحيث جوَّزنا الصيامَ عن الميت، ففي جواز الصومِ عن مريضٍ مأيوسٍ بإذنه وجهان في وصايا «الروضة» قال: كالحجِّ، قال زكريا: ومقتضاه جوازُه، وجَزَم به في باب الصيام بالمنع، ونقل في النذر عن الإمام جوازَه.

## ٨٢٨ ـ مسألة

أوصى شخصٌ بأن يُزَار عنه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم، ولم ينصَّ في وصيته على أن الزائر يسلِّم على النبي صلى الله عليه وسلّم منه ولا غيره، فلفظُ الزيارة هل يتضمَّنُ السلامَ والدعاءَ؟، ومن جُوعِل أو استُؤْجِر على حجٍّ وعمرةٍ وزيارةِ النبيِّ صلّى الله عليه وسلّم عن ميت بشيءٍ معلومٍ فأتى ببعض المذكورات ثم عاقه عن الباقي موتٌ أو مرض أو كسلٌ، فالحكمُ فيها مرَّ في الجِعالة، والإجارة.

## ٨٢٩ ـ مسألة

من أوصى ببيعِ جاريةٍ وصَرْفِ ثمنها في الحجِّ أو غيره، فالظاهرُ أن ولدَها لا نَظَر إليه لو كانت حاملاً عند الوصية، أو الموت، أو جواز البيع، بل إنْ بيعتْ حاملاً تَبِعها، سواءٌ كانتْ حاملاً قبل الموت أم لا، لأن حق البيع لازمٌ فيها من موته، وإطلاقُ اسمِ الجاريةِ يتناولُها حاملاً أو حائلاً[1]، وإن بِيْعَتْ وقد وَلَدَتُه قبلَ البيع: فهو للوارث، وإن كان الحملُ موجوداً عند الوصية أو الموتِ، إذِ المِلْكُ باقٍ فيها له إلى البيع، ولا يتناولُه اسمُها عند البيع، وعلى الوصيِّ المبادرةُ إلى بيعها بعد الموت لحقِّ الميت، لئلا تتلف فتفوتَ الوصيةُ وحينئذ يتبع الحكمُ وقتَ البيع.

ونظير هذه المسألة: ما لو باع جاريةً بشرط إعتاقها، فإن أعتقَها المشتري حاملاً تَبِعها الحملُ، أو قد انفصلَ: فلا على الأصح إذ لا يدخُل في لفظها وهي منصوصةٌ، وفي عكسه لو اشتراها حائلاً بشرط العتق، ثم حَمَلت قبلَه فأعتقها حُبْلى تَبِعها، ولا نظرُ إلى حدوثه في مِلْكه لتقدُّم حقِّ المعتق، هذا هو الظاهر، ومع ذلك فللبائع في الصورتين مطالبتُه بتعجيل العتق، لثبوتِ شرطه من جهته، كما صرَّحوا بذلك مطلقاً.

وليست المسألة كمن أوصى له بجارية، فإن النظرَ في تعلُّق الوصيةِ بحملها إلى حال الوصية، فإن كان موجوداً عندها تَبِعها، وإن انفصلَ قبلَ الموتِ، أو لا فلا، جعلوا الوصيةَ كعقدِ البيعِ، لأنها تعلُّق حقٍّ لمعيَّن أوجَبَه لفظُ الوصية الذي هو كالإيجاب في البيع، فيدخُلُ فيه ما يتناولُه أصلاً أو تَبَعاً، هذا هو المذهب كما سبق.

وقد بحثَ الرافعيُّ رحمه الله فيه للَمْحِ ما قدمتُ من معنى بقاءِ

---

(١) أي: غير حامل.

الملكِ في المسألة السابقة، والفرقُ بينهما على المذهب في مسألتنا هو عدمُ تعلُّق حقٍّ لغيره بها، وكونُه إنما أوصى بعقدٍ موردُ الوصيةِ بدلُه لا عينُ المُبْدَل، فيدخُل ما شَمِلَه العقد لا غير، ووارثُه في محلِّه. ومما يدلُّ على عدم دخول الحَمْل في نفس الوصية: قولُهم فيمن قال لعبده: إن متُّ فأنتَ حرٌّ إن دخلتَ الدارَ: أن كَسْبَه بعد الموت وقبلَ الدخولِ للوارث، مع أنه ليس له بيعُه.

## ٨٣٠ ـ مسألـة

مَنْ عليه دَيْن فأوصى بعينٍ لشخص ومات، فإن كان له مالٌ من جنس الدَّيْن غيرُها وُفِّيَ منه، أو من غير جنسه ـ وكانت العين تزيد عليه والمال رائج ـ بِيْعَ أيضاً، وقُضِيَ منه الدَّيْن، ولا يجوزُ بيعُها، لأنها ملكُ الموصَى له إن خرجتْ من الثلُث، وإنما اعتبارُها بعد الدَّيْن لتبيُّن الملك، ولأن الميتَ لو أوصى بقضاءِ الدَّيْن من عينٍ وجبَ بيعُها له ولا يجوز من غيرها إن راجتْ، فلو كان ما سوى العينِ الموصَى بها من ماله غائباً، أو لا ينفقُ حالاً لكساده، فلا يكلَّفُ الغريم الصبرَ بدَيْنه إذا راجتْ تلك العين، لأن حقَّه يقـدم في جميع الترِكة، فتباعُ تلك العينُ ويُقْضَى منها الدَّيْن، ثم هل للموصَى له الرجوعُ بما فات منها أم لا؟ أفتى الفقيهُ عبدالله بن أحمد بامَخْرمة بأن لا رجوعَ له، وتضيعُ الوصية، وأفتى الفقيهُ محمد بن أحمد بافضل وغيرُه برجوعِه في ذلك، وهو عندي أقربُ، كما سبق أن من أوصى بحَمْل فولدتْ ميتاً مضموناً تعلَّقت الوصيةُ ببدلِه، ومحلُ البدلِ هنا بقيةُ الترِكة، ولأن العينَ ملكُه وإنما بِيعتْ لكونِ التركة رهناً بالدَّين، فهي كمن أعار رهناً فبِيْعَ للدَّيْن: حيثُ يرجعُ على المستعير، ولأنه أقربُ إلى مراد الموصي من إبطال ما أراد، ولا ضررَ على الورثة في

ثلثي التركة، وإن كانت العينُ لا تخرجُ من الثلُث بعد الدَّيْن نَفَذَ ما حَمَلَه الثلث، ووقَفَ الباقي على إجازةِ الورثة، هـذا كلُّه فيما إذا كانت العينُ الموصَى بها غيرَ مرهونةٍ به.

فإن كانت مرهونة به: فقد أفتى أبو مخرمة المذكورُ ببطلانِ الوصيةِ بها بموتِ الراهن، يعني: وإنْ أمكنَ قضاءُ الدَّيْن من غيرها وخرجتْ من الثلث، وهو ما في «فتاوى» شيخه أبي حَمِيش، وجَزَما به، وقد يُتوقَّفُ فيه، فإن في كتاب «العُباب» للإمام أحمد المُزَجَّد: تصحُّ الوصيةُ بالمرهون إن انفكَّ قبل قبولها، وهو نصٌّ في بقاء الوصية بعد الموت إذا قضى الدَّيْنَ ثم قَبِل الوصية، وقد يُؤْخَذ منه أنه إذا قَبِل قَبْل قضائه ثم قُضِيَ من عين التركة بطلانُها ووقوعُ العينِ للورثةِ، وليس ذلك عندي مراداً له، إنما المرادُ عدمُ صحةِ القبولِ قبل قضاء الدَّين، فلا بدَّ لتمام الوصية من قبولٍ جديد، وكلُّ ذلك مفهمٌ أنه يجبُ القضاءُ من غير المرهون إن تيسَّر حالاً، كما سبق، وبه جزم العَوَاجي اليمني في «تحقيقه» في القضاء ناقلاً له عن الفقيه أحمد، وأظنه ابن عُجيل، وذلك لتعلُّق حقِّ الموصَى له مع تنفيذ عهد الموصِي فإن له ثلثَ ماله يضعُه حيثُ شاء، وكذلك الورثةُ في مالِ مورثِهم لهم حقُّ التقدُّم به، حيثُ شاءوا قضاءَ الدَّيْن من جهةٍ أُخرى، واستبقاء عَينِ المال، كما مرَّ، وسيأتي.

ولو باع الوصِّي أو الحاكم عينَ ماله لدَيْنه وهم حضورٌ من غير إشعارهم: لم يصحَّ البيع، لأنهم قد يريدون إبقاءَه وقضاءَ الدَّيْن من عندهم، إلا في عين صرَّح الموصي ببيعها للدَّين، كما نصوا عليه وأطلقوا ذلك ولم يفرقوا بين مرهونٍ وغيره، وظاهرُ أن الموصَى له كالورثة فيما احتَمَلَه الثلث، فلِمَ لا يكونُ فيما إليه كَهُمْ. ومن هذا يلوحُ أنه لو أرادَ قضاءَ الدَّيْن الذي العينُ مرهونةٌ به لينفكَّ ويَخْلُصَ له: لا يُمْنعُ، لكن

بلا رجوعٍ بما أعطاه إن لم يَأْذَن له الوارث، لأنه بمنزلة من أَوْصَى له بها، فعليه: ليس للغريمِ الامتناعُ من الأخذ منه، وكذا لو كان الدَّيْنُ يَسْتَغرق التركة، وأراد الموصَى له أن يقضيَ مِن عنده ما يُقَابلُ العينَ فلا يبعُد أن يُجَابَ، لأنه بمنزلة من له الحقُّ فيها بالإرث وفي فكِّ المرتهن المرهونَ، والموصَى له بالمنفعة الموصى به[1]، والأبِ المرهونَ ليرجعَ فيه، وشبه ذلك إذا جِيءَ بما يشهدُ له. هذا كلُّه ما ظهر ببادىء الرأي، فإن كان نقلٌ يخالفُه فأولى.

ثم رأيتُ المسألةَ مسطورةً في فتاوى الإمام موسى بن الزَّين الصدِّيقي ـ أعني: في غير المرهونة ـ فقال: إذا بِيعتِ العينُ الموصَى بها للدَّيْن حيثُ لم يقعْ من غيرها، ثم حَصَلَ غيرُها من عينهِ أو غريمٍ أو غيره، تبيَّن بطلانُ البيعِ الذي وَقَع من الوصيِّ أو القاضي، على ما أراه أرجح، قال: وله شواهدُ كثيرةٌ فذكرها:

منها: ما لو إذا باع القاضي مالَ غائبٍ في دَيْنه، فَقَدِمَ وأبطلَ الحجةَ بالدَّيْن، فإنه يتبيَّن به بطلانُ بيعِ القاضي على الأرجح، خلافاً للرُّوْياني.

ومنها: أعتق جاريةً في مرضِ موتِه لا يملكُ غيرها، فإن الأرجحَ أنه يزوِّجُها وليُّها بالنسب، ما دام حياً، لأن الأصلَ حياتُه مع إمكانِ حدوث مالٍ تخرجُ بسببه من الثلُث، ومَنَعه ابن الحداد وتبعه ابن كَجٍّ وغيرُه للشكِّ.

ومثله: من دبَّر عبيداً لا يملكُ غيرهَم، أو كان له مال «غائب»: أنه لا يُحْكَم بعتق كلِّهم، فإنْ بانَ له مالٌ، أو حَضَرَ الغائبُ ـ وهو يَفِي

---

(١) التقدير: وفي فكِّ الموصَى له بالمنفعة الموصَى به. وكذا ما بعده. ففيه إضافة المصدر إلى قائله، وما بعد المضاف إليه مفعول به.

بالثلثين ـ بانَ عتقُهم، وإلا فلا، فإنْ لم يكنْ له مالٌ سواهم، أو كان غائباً فَتَلِفَ ولم يُجِزِ الورثةُ، فللورثةِ ثلثاهم، فإذا تَسَلَّطوا عليه عَتَقَ ثُلُثُ العبيد، ويُقْرِعُ بينهم، كما عُلم.

ومَنْ أوصى بعينٍ حاضرةٍ ـ هي ثلُث ماله ـ وباقيه غائبٌ فلا حقَّ للموصَى له في ثُلُثَيْها حتى يحضُر الغائب، وكذا في الثُلث لا يَتَسَلَّط على التصرُّف فيه في الحال، لأنه لا يَسلَم الثلثان للورثة لأجل حقِّه، فكذا لا يَسْلَمُ له ثلثه لحقِّهم، فلو تصرَّفَ الورثةُ في الثلثين فبانَ تلفُ الغائب، فالأرجح عند النوويِّ صحةُ تصرُّفِهم، كمن باع مالَ مورِّثه ظاناً حياتَه، وإن سَلِمَ وقد تصرَّفوا فوجهان، أصحهما: بطلانُ تصرُّفهم لتبيُّن أنهم ليس لهم شيء، والثاني: يصحُّ ويَغْرَمون للموصَى له، ومثلُ الغائبِ، لو ظهر للميت دفينٌ.

ومن ذلك: ما لو باع مشترٍ شِرْكَ العقار، أو نائبه المبيعَ، فطلَبه الشفيع، فله نَقْضُه، ولو كان البائعُ القاضيَ في دَيْنٍ على المشتري مَع أن البيعَ صادفَ مِلْكَه، لتقدُّم حقِّ الشفيع.

ومنها: لو أعتقَ شِرْكَ عبدٍ، فالعتقُ يَسْري إلى كلِّه بالقيمة، ومتى يَعْتق؟ أقوال، أصحها: بالإعتاق إنْ كان موسِراً، وفي قولٍ بأداء القيمة، فعلى هذا للشريك التصرُّفُ في شِرْكه بالبيع، كما ذكروه، ما لم يؤدِّ القيمةَ، فإذا أدَّاها كان للأول ـ وهو المعتق ـ نقضُه ـ كما جزم به القاضي ـ كالشفيع، وفيه للإمام احتمالٌ، هذا ما ذكره رحمه الله.

ثم قال: أما القولُ ببطلان الوصية في مسألتنا وعدمِ تعويضِ الموصَى له، كالتالفِ بآفةٍ سماويةٍ: فباطلٌ غايةَ البطلان لا يحتاجُ [إلى] دليل، ويَلزمُ عليه: أنه لو أعتقَ عبداً في مرضِ موتِه، أو أوصى بعِتْقه ثم

ماتَ وعليه دَيْنٌ مستَغْرق، فبِيْعَ العبدُ في الدَّيْن، ثم ظهر للميت بعد ذلك مالٌ يَفي بالدَّيْن وبمثْلَي العبدِ: أن يُقالَ ببطلانِ العتقِ والوصيةِ، ولا يصحُّ القولُ به، بل قدَّمنَا عن الأئمة التصريحُ بخلافه، ومسألتُنا تُضَاهيه، والقولُ بالصحةِ مع تعويضِ الموصَى له يوافقُ الوجهَ الضعيفَ، يعني في تصرُّفِ الورثةِ في ثُلُثَي العينِ الموصَى بها، كما سبق، قال: وهو موافق «مذهبَ الحنفية، ثم حكى كلامَهم عن «جامع» محمد بن الحسين[1] بما هو واضحٌ في ذلك، انتهى.

أقول: وذكَرَ أيضاً من الشواهد: ما لو جَنَى المرهونُ، وقال المرتَهِنُ: أنا أَفديه ليكونَ رهناً بدَيْني والفداء، فالراجح أنه يُجَاب، وإن كان فيه رهن بدَيْنٍ بعد دَينٍ للمصلحة، وهو دليلٌ مؤيِّد لما قدْمنا من أن الموصَى له لو أرادَ فداءَ عَينِه بما فيها: أن الظاهرَ إجابتُه إن سَلِمَ للورثة ثُلُثاهم بعد الدَّيْن، وقوله ببطلانِ البيع وتضعيفِ صحته: فيه نَظَرٌ ظاهر، فإن المسائلَ التي استشهد بها صادفَ التصرُّفُ فيها محلاً غيرَ قابل للتصرُّف في نفس الأمر، فلما تبيَّن حكمنا ببطلانه وإنْ كنا قد أَذِنَّا فيه بناءً على الأصل، أما في العِتق: فلأنه بتبيُّنِ المالِ عُرِفَ حصولُه حين نَجَّزَه، أو عند الموت في التدبير، وفي الوصية تبيَّن لزومُها بالموت وإن كان الدَّيْن مقدَّماً عليها، فإنا لوقلنا بصحةِ بيعِه فاتَ المقصودُ رأساً، فإنه لَحِق الميتَ نفسُ العتق، ولحقَ العبدَ خلوصُ رقبته من الرقِّ، ولا فائدةَ للرجوع ببدله حينئذ إذا كان هو مملوكاً، وفي تصرُّف الورثةِ في ثُلُثَي العين تبيَّن أن العينَ ملكُ الموصَى له من حينِ الموتِ من غير تعلُّقِ حقٍّ

---

(١) كذا في الأصل، فإن كان من يريد «الجامع الصغير» أو «الجامع الكبير» اللذَيْن هما من كتب ظاهر الرواية: فصوابه محمد بن الحسن، صاحب الإمام أبي حنيفة.

بها لهم، أما مسألتُنا: فحقُّ الدَّين لازمٌ في التركة، ويتقدَّم به الغَريم على الإرث والوصية، وتعلُّقُ الدَّيْن بها لا يختصُّ بعينٍ دون عينٍ، فأيُّ عينٍ حصلتْ مجزئةً لذلك كَفَتْ، والورثةُ في ثلثيهم، والموصَى له في الثلث أو ما وقع له منه بمنزلةٍ، بل لو أمكنَ قضاءُ الدَّينِ من غيرِ عينه لم يَجُزْ بيعُ عَيْنه لِما سَبَق فِيه.

ومما يدلُّ لكَ على قولنا أيضاً: مسألةُ الخُلْطة في الزكاة، حيثُ يأخذُ العاملُ ما اتَّفق من مالِ أحدِ الخليطَيْنِ عنهما، ويتراجعانِ بينهما بالبدل بحسَب التقسيط، وأقربُ من ذلك شَبَهاً بها الرهنُ المُعَارُ، كما مرَّ ولا تُشْكل هذه المسألةُ بمنْ أوصَى بشِقصٍ فيه حقُّ الشُّفعة فأخذه الشفيع، حيث تبطُلُ الوصيةَ، ويكونُ الثمنُ للورثة، لأن الوصيةَ لم تَشْمَلْه، كما ذكره في «البيان» وأقرُّوه، لتقدُّم حقِّ الشفيع بخصوصية هذا الشِّقصِ على حق الموصَى له، ويكون كوقفِ الشِّقصِ على معيَّنٍ حيثُ ينقض للشفعة، ويكونُ الثمنُ للواقفِ، لفواتِ محلِّ الوقفِ بسببٍ تقدَّم عليه.

## ٨٣١ ـ مسألـة

أفتى النوويُّ في شخصٍ أوصى بدراهمَ يُشْتَرى منها أرضٌ يُقْبَرُ فيها، ويُوقَفُ باقيها للقراءة به على قبره، فماتَ وقُبِر بغيرها: ببطلان الوصية.

## ٨٣٢ ـ مسألـة

أوصى بإعتاقِ عبد، فتأخَّر عتقُه بعد موته، فهو قبلَه ملكٌ للوارث، حتى لو قُتل يكون بدلُه ملكاً مستقراً، لكن الأرجحُ أن ما كَسَبَه قبلَه يكونُ له، للزوم عِتقِه عقبه.

ولو أوصى بوقفِ شيءٍ فتأخَّر وقفُه كذلك، فغلَّته قبلُ للوارثِ على ما أفتى به جماعة، وقال الأذرعي: إنه الأشبهُ، وفي كلام زكريا ما يُشيرلميله إليه، وأفتى القاضي عماد الدين السُّكَّريُّ بأنه للموقوفِ عليهم، وفي «جواهر» القَمُولي الميلُ إليه، وفي «الإسعاد» أنه أقربُ، أقول: والظاهرُ عندي الأولُ، لعدمِ وجودِ ملكِ أهلِ الوقفِ قبلَه.

وأما كسبُ العبدِ: فلأنه كالجزءِ منه، فَيَتْبَعُه، وفي ذلك أيضاً غموضٌ.

أما لو أوصى ببناءِ مسجد، ثم وقف نخلاً عيَّنه عليه، فثمرهُ قبلَ وَقْفهِ للورثة بلا رَيْب، كما أفتى به أبو شُكَيل، لنصِّ الموصي على تأخير الوقف عن البناء، وكذا لو أوصى بعِتْق عبدٍ بعد شهرٍ، أو بعد خِدْمته لابنه مثلاً، يكون كَسْبهُ قبلُ للورثة.

## ٨٣٣ - مسألة

لو أوصى ببيعِ شيءٍ لزيدٍ: لزم، فإن امتنعَ بطلتْ، إلا أن يقولَ: ويُتَصَدَّقُ بثمنه أو نحوه، فيباعُ لغيره وتنفَّذُ وصيته، فإن أوصى بعتقِ عبدٍ معيَّن فلم يحملْه الثلثُ: عَتَقَ منه ما حَمَلَه، أو بشرائه لِيُعْتق فتعذَّرَ: بطلتْ، أو أن يَحُجَّ عنه فلانٌ بكذا فامتنعَ، استُؤْجِر غيرُه، أو يُعْتَق عنه عبدٌ بمائتين وكان ثلُثه مائةٌ أُخِذَ بها، أو أن يُعْتَق عنه رقبةٌ أو يُحَجَّ عنه فلم يحملْه ثلُثه، رجعَ للورثة إن لم يُجيزوا، فإن أوصى بأنواعٍ ولم يسع الثلثُ كلَّها: وُزِّعَ عليها بما تَسْواه عادةً من قيمةٍ أو أجرة، فمن أوصى بإطعامِ عَشَرةِ مساكين، وكِسْوتهم، وحَمْلِ منقطعٍ إلى موضع، وزِّع ثلُثه بين الثلاثة بقَدْر قيمتي الطعام والكسوة وأجرة الحمل؛ أو بالتصدقِ بعشرةِ أمدادٍ، والحجِّ عنه، فبقيمتهما وأجرته عادةً، ثم إن لم يُوجدْ من يحجُّ بما وَقَعَ

قسطُه تُمِّمت الأمدادُ ويُرَدُّ الباقي للورثة، فلو أوصى بعتقِ عبدٍ والحجِّ فلم يَسَعْ إلا أحدهما: أُقْرِعَ بينهما وفُعِل ما قَرَع، وإذا أوصى لشخصٍ بنخلةٍ مثلاً من نَخْلٍ له شِرْكه مُشَاعاً وليس له فيه خالصةٌ، أُعطيَ نصيبَ الموصِي من واحدةٍ منه بِخِيَرة الورثة، كما أفتى به أبو مخرمة، وكذا لو أوصى بنخـلة عيَّنها ولم يحملْها ثلُثه، أو كان بعضُها لغيره؛ ينفُذ فيما قبلَ ذلك منها.

## ٨٣٤ ـ مسألـة

قال: أوصيتُ لأولادِ فلانٍ، صُرِفَ لمن كان منفصلاً عند الوصية، لا الحادثِ وإن كان حَمْلاً، بخلافه في الوقت، فإنه يُرادُ للدوام.

## ٨٣٥ ـ مسألـة

أفتى أبو مخرمة: بأن قولَ الموصِي حالَ الوصية: أُريد هذا، أو أَبغيه، أو أَبيه ـ بلغة حضرموت ـ صريحٌ فيها، كما نُقـل عن القاضي حسين أن قوله ـ لمن قال له: أتريدُ أن أُطلِّقَ زوجتَك؟ ـ نعم: توكيلٌ في الطلاق، قال: وكذا قولُه: هو هبةٌ له، أو صدقةٌ على المسجد، صريحٌ في تمليكه، كما صرحوا به في لفظ الهبة بعد الموت لمعيَّن، والصدقةُ نوعٌ منها.

## ٨٣٦ ـ مسألـة

حيثُ وصى بشيء قد جَرَى العرفُ به وأطلقَه: حُمِلَ على مقتضى العرف، وحيثُ لم يكنْ عرفُ اجتهدَ فيه الناظر.

فمن ذلك: الوصيةُ بشيءٍ من الغنم، والحَبِّ، للقراءة عليه ويسمى الثالث[١] عندنا، فيخبزُ الحَبُ ويُذْبح الغنم، ويَطْعَمُه مَنْ حَضَرَه ممن قرأ عند قبره قريباً منه أو بعيداً بحيثُ يعدُّ حاضراً إن كان قبرُه في بلد الناظر، أو من قرأ في غَيبته ودعا عند ذلك له بإذن الناظر، ولو عامّاً، وكذا مَنْ أعان على ذلك كخادمهم وجامعهم، وكذا مَنْ جَرَت العـادةُ بدخوله معهم كمسكينٍ حضر، بإذنِ الناظرِ أو نائبه، على الظاهر كما سبق في إحياء الموات، في وقف الصوفية، وكذا ما فَضَلَ منه يَصْرِفُه الناظر على المعتاد، ويأكلُ مَنْ أَذِن له، ولا يجوزُ صرفُه حبّاً، والدابةِ حيةً، كما قال أبو مخرمة، قال القاضي ابن عَبْسِين: وسواءٌ في القُرّاء البالغُ والصبيُّ بل هو أولى، بخلاف المجنون إذْ لا قراءةَ له، ولذا صحَّ حجُّ النفلِ من الصبي عن الغير، وكما سَبَق في استحقاقه الجُعْلَ المسمَّى بالعمل، أقول: ومن المعتاد فيه أكلُ الناظرِ منه، وإطعامُه أهـلَه، فيكون كالإباحة، بخلاف ما لو أوصاه بالتصدُّق حيثُ رآه: فلا يفعل ذلك، لاقتضائه الملك، فلا يتَّحدُ إعطاءً وقبضاً.

ومن ذلـك: مَنْ أوصى بطعـامٍ وأطلق، فينبغي ـ كما قـال أبـو مخرمة ـ اعتمادُ العُرْفِ فيما يُسَمَّى طعاماً عندهم، ويختارُ الوارثُ ما شاء منه وإن كان عرفُ الشرع أعمَّ من ذلك في كلٍّ ما يُطْعَم ولو ماءً ودواءً، أخذاً مما سبق في الوكالة بشراءِ طعامٍ، ومن كلامٍ لابن سُرَيجٍ وغيرِه من الأصحاب في ذلك أو نحوه، ولأبي شُكَيلٍ فيه، وحيثُ أوصى بإطعامٍ في غيرِ ما اعتيدَ إصلاحُه وتَنْضيجه صُرِف حَبّاً، كما في إطعام الكفارات شرعاً.

---

(١) أي: ما يُفعل في ثالث أيام الوفاة من طعام وضيافة.

## ٨٣٧ ـ مسألة

أوصى له بمائة، ثم مرةً أخرى بمائة من جنسها، لم يكنْ له إلا مائةٌ، وإن كانت الثانيةُ أكثرَ من الأولى فهي فقط، فإن كانتا معيَّنَتَيْن أو بصفتين صحَّتا كالإقرار، أو مطلقةً ومعيَّنة حُمِلَت المطلقة على المعيَّنة، فإن أوصى بمائةٍ ثم خمسين، فالأصحُّ ليس له إلا خمسين، أي: ويكونُ رجوعاً ضِمْنياً عن خمسين، كما أفتى به النووي.

ولو أوصى لشخصٍ بعينٍ، ولآخرَ بثلُثه ـ ولم يتعرَّض لذكرها فللأخير ثُلُث ما سواها، ويشتركُ مع الأول فيها، كأنه أوصى بثلُثها له معه، فتكونُ أرباعاً بينهما على الأرجح، كما سبق، هذا إنْ أجاز الورثة، وإلا صحَّ لكلٍّ منهما ما يَخُصُّه مما ذُكر لَه بتقسيطِ قدرِ الثلُث عليهما بمعرفةِ قيمةِ التركةِ وقيمةِ العين، مثال ذلك:

قيمةُ التركةِ كلِّها ثلاثمائة، منها قيمةُ تلك العينِ مائةٌ، فالثلثُ مائةٌ، وحصَّةُ الموصَى له بالعين منها ثلاثةُ أرباعها بثلاثةِ أرباعِ المائة، ولصاحبه الثلُث: رُبُعها بربُعِ مائة، وثُلُث المائتين الأخيرتين، فجملةُ الوصيتين مائةٌ وثلثا مائة، والمالُ ثلاثمائة، فجملتُه تسعةُ أثلاثِ مائةٍ، الوصيةُ منها خمسة، وقسطُ الثلثِ ثلاثةٌ، فيرجعُ للورثة من حصَّة كلٍّ منهما خُمُسا ماله، وهو خُمُسا العينِ وقيمتها أربعون، وخُمُسا ثلُثا المائتين من وصيةِ الثلثِ وهو سبعة وعشرون إلا ثلثاً مع ثُلُثهما الصافييْن لهم، وهو مائةٌ وثلاثةٌ وثلاثون وثلثٌ، فجملته مائة وستون يتمُّ مائتين بخُمُسَيِ العين، فذلك ثلثا المال، ولصاحبِ العينِ خُمسان وربعُ خُمُس منها بخمسةٍ وأربعين، ولصاحب الثلثِ منها رُبُعُ ثلاثةِ أخماسِها بخمسةَ عَشَرَ، وثلاثةُ أخماسِ ثلثِ المائتين بأربعين، فيتمُّ الوصايا مائة، وهي قدر الثلث.

فلو أوصى بالعينِ أو الثلثِ لشخص، ثم أوصى بذلك ثانياً مناصفةً بينه وبين آخَرَ ولم يتعرَّضْ للأولى قال شيخنا القاضي ابن عَبْسِين: فقياسُ ما سَبَق عن النووي ـ فيمن أوصى له بمائةٍ ثم خمسين: أنه رجوعٌ عن خمسينَ ولا يبقى إلا خمسون ـ بطلانُ الأولى ويتناصفانه، فلو أوصى لأحدهما بغيرِ جنسِ ما ذكر: صحَّ، وما زاد على الثلث يوزَّع على ما مرَّ.

## ٨٣٨ ـ مسألة

من أوصى بكفارةٍ أو زكاةٍ، وأطلقَ، فهي من رأس المال، فإن قال: يُفعلُ ذلك احتياطاً، فهي من الثلث، كذا أفتى به شيخ شيوخنا عبد الله بامَخْرمة، وأفتى ابن كَبَّن بأنها في الزكاة من رأس المال، قال: وأما الكفارةُ فقد تُطْلَق على الصدقة لتكفير ذنب، فإن لم يذكر «وجوباً» فهي من الثلث، أقول: فلو قال: كفارةَ يمين، كانت كالزكاة بلا شكٍّ.

ومن أوصى بتهليلٍ عنه فهو كالقراءة، كما قال شيخنا عبدالله بافضل، فتنفَّذ على ما سَبَق، وكذا شيخه أبو مخرمة، وأفتى هذا فيمن أوصى لمنْ يبيتُ على قبره بشيءٍ: أنه إنْ كان بقراءةِ آيٍ ونحوِها: صحَّ، وإلا فلا، لأنه منهيٌّ عنه.

## ٨٣٩ ـ مسألة

من أوصى بحجٍّ أو عمرةٍ، فإن كان واجباً قد استطاعه ولو بنذر، ولم يصرِّحْ بكونه من الثلث: فهو من رأس المال، والواجبُ من الميقات، فإن زاد الموصَى به على أجرةِ مثلِه منه: فالزائد من الثلث، وكذا إن لم يكنْ واجباً عليه فالكلُّ منه، فإن زَاحَمَتْه وصايا وضاق الثلُث عن جميعها: أخرجَ قدرُ الواجب من رأس المال، ثم وزّع قدرُ الثلث على باقي ما عيَّنه

له، وعلى سائر الوصايا، وإنْ أوصى بالواجب من الثلُث فمنه ويُزاحم الوصايا، فإن لم يَكْفِ ما خَصَّه له تَمَّمَ من رأس المال، ويقعُ في المسألة دَوْرٌ، لأن الثلث لا يُعرفُ إلا بعده، وطريقُ معرفتها تَطول.

ومن أمثلتها الحاصلة: أوصى بحَجَّةٍ من الثلُث بمائةٍ، وهي أجرةُ مثلها، ولزيدٍ بمائة، والتركةُ ثلاثمائة، يكون حاصلُها ستين من رأس المال للحجِّ، وله أربعون من بقيةِ التركة، ولزيدٍ أربعون هما نصفُ ثُلُث الباقي بعد الستين من الأصل.

ثم إن أوصى لمن يحجُّ أو يَعتمرُ بكذا، وقعَ لمن عَمِل ذلك ولو بغيرِ إذنِ ناظرٍ، إلا أن يشترطَه، فإن قال: أوصيتُ به للحج والعمرة، اشتُرِطَ إذنُه، ثم إنْ جَمَعَها فذاك، وإن فَصَّل كلًّا بعقدٍ: فالظاهرُ جوازُه، وكذا إن ذَكَرَ معهما زيارةَ رسولِ الله صلّى الله عليه وسلم، وهي في الوصايا كما أفتى به أبو مخرمة بما يشملُه، والمصلحةُ قد تقتضيه، وعليه العملُ قديماً وحديثاً بلا نكير، وكذا إن شاءَ عَقَدَ بإجارةِ عينٍ أو ذمةٍ أو بِجعالة، ويسلِّم الأجرةَ حالاً في الإجارة إنْ وثقَ بالأجير، وإلا فالجِعالة أحوطُ، وسَبَقَ في آخر بابها ما في تسليمِ عوضِها قبلَ الفراغ، نعم جَرَت العادةُ بأن يُسلَّم للعامل في ذلك بأيِّ عقدٍ بعضُ الموصَى به ليستعين به في سفـره، فإنْ كان الموصي أَذِن فيه فذاك، وإلا فَيُسْتَعمل الإجارة أو الجعالة، ويَستوثقُ بضمينٍ أو رهنٍ من خوفِ الفواتِ. هذا هو الظاهر، وإن أقرضَه الناظر من عنده ليوفِّيَه إذا عادَ فهو أحوط.

### ٨٤٠ ـ مسألـة

من عيَّن للحج قدراً وحَمَلَه الثلث، فإنْ كان قدرَ أجرةِ مثلِه أو لمعيَّن لزمَ بَذْلُه فيه، وإن زاد على ذلك ووجدَ من يحجُّ بدونه: فكذلك على

الأصح، لأنه بذلُ مالٍ على جهـةِ القُرْبةِ لمن يَعملُ عملاً موصوفاً، وإن لم يحملْه الثلث: فإن كان فرضاً: فعلى ما سَبَق بيانه، أو نفلاً: نُفِّذ فيما حَمَلَه، فإن لم يُوجَد من يحجُّ به رجَعَ للورثة، فإن عيَّن للحج شخصاً فامتنع: فإن كان فرضاً: نُفِّذ بغيره بحسْب ما سبق، وإن لم يمتنع لكن أراد تأخيرَه عن عامه الأول فللوصيِّ أن يُعطيَه غيرَه، مبادرةً إلى براءة ذمته. قاله زكريا، أو نفلاً: فُعِل بأقلِّ ما يُوجَد على الأرجح وإن كان المقدَّر أكثر، والظاهرُ أنه يطالَبُ بتعجيله كالفرض.

وحيث أَطلَقَ الوصيةَ بالحجِّ ـ وعليه واجبٌ ـ انصرفت الوصيةُ إليـه، فلو تبرَّع به غيرُه بنفسه أو بأجيرٍ قَبْلَ تنفيذها: رجعتْ للورثة أيضاً، وكذا إنْ عاملَه الوصيُّ في الذِّمة، وسلَّم من ماله بلا إذنهم، وإن قَصَد الرجوع، كما أفتى بكل ذلك ابن كَبِّن، وشيخانا الفقيه عبدالله بافضـل وابن عبسين، ومحمد أبو قضام، قال ابن عبسين: فلو استأجره الوصيُّ من دون الميقاتِ ـ والميتُ آفاقيٌّ ـ فسدتْ، وصحَّ الحج للمنوب عنه، وتقعُ الأجرةُ على الوصيِّ من ماله، كما قالوه في استئجار وليِّ الصبي إجارةً فاسدةً يكون على الوليِّ ويرجعُ الموصَى به هنا للورثة.

## ٨٤١ ـ مسألـة

حيثُ استـأجـرَ وصيٌّ أو وارثٌ من يحـجُّ عن الميت، ثم أراد المقايلة[١]، لم يكن لهما وإن تبرَّعا، لأن العقد وَقَع للميت، فلا يَمْلِكون إبطالَه، كذا قاله ابن الصلاح، وهو محمولٌ ـ كما قاله القاضي إبراهيم بن ظَهيرة ـ على ما لا مصلحةَ في إقالته، فإن كان لنحو عجزِ الأجير، أو خوفِ حبسه أو فلسه، أو قلَّة ديانته فلا يُتِمُّ: فلهما الإقالَةُ وطلَبُها، كما نبَّه

(١) كذا في الأصل، ولعله: ثم أراد الإقالة.

عليه بعض المتأخرين، قال القاضي إبراهيم: فلو أذن لشخصٍ في الحجِّ عن ميتٍ بشيء، ثم رجعَ عن الإذن قبلَ إحرامه، فله أجرةُ مثلِه إن كان جِعالة، وإن كان إجارةً فلا يعني: حيثُ رضيَ فيها الأجير بالترك، ويكون فسخاً لها.

## ٨٤٢ ـ مسألـة

من استَؤْجِر[1] لحجٍّ أو عمرةٍ فجاء بعدَ إمكانِه فقال: حججتُ، قال الزَّبيلي: قُبِل بلا يمينٍ، وعن ابن عُجيل: يُقبل باليمن، قال ابن حسان: ويظهرُ لي تخريجُه على القولين في قولِ الوكيلِ: أتيتُ بـالتصرُّف المأذون فيه، وكذَّبَه الموكِّل، فـإنْ قلنا: القـولُ قولُ المـوكِّل ـ وهـو الأظهر ـ فكذا هنا إلا أن يقيم بيِّنةً، وإلا صُدِّق بيمينه، والمعتمدُ قبولُه، ولا بأسَ بتحليفه عند التُّهمَة، كما ذكروه فيمن ادَّعى دفعَ الزكاة، أو مانعاً من وجوبها وشبهَه، ووارثُ الأجير مثلُه إذا قال بعد موته: إنه حجَّ، كذا في «أدب القضاء» ـ وأظنه عن الزبيلي قال: ولو قال: إن حججتَ عن أبي فلكَ كذا، فقال بعد ذلك: حججتُ، لم يُقْبل إلا ببينة، فإن لم تكنْ: حلفَ الوارثُ أنه لا يَعلَم أنه حجَّ. انتهى.

أقول: وسببه أنه في الإجارة التزمَ الحقَّ واستحقَّ الأجرة، والعبدُ مأمونٌ في العباداتِ الواجبةِ عليه، وقد فرض ذلك بالإجارة عليه إلى أمانته، فصُدِّق كسائر الأُمناء، وفي الجِعالة لم يَلتزمه، ولا يستحقُّ الجُعْل إلا بفراغِ عملِه، والأصلُ عدمُه حتى يثبُتَ، والظاهرُ أن المعضوب[2] إذا استأجر من ـ يحجُّ عنه: كالوصيِّ بلا فرق، وأن الزيارة كالحجِّ في كل ذلك.

---

(١) في الأصل: من استأجر.

(٢) هو المريض الذي لا يستطيع الحج بنفسه ولا بمعين.

## ٨٤٣ ـ مسألة

أفتى أبو مَخْرَمَة بأن من قال: إنْ متُّ فهذا صدقة، فهو صريح في التمليكِ بعده، أو الوقفِ، على ما عُرِف في تنجيزه، وأن قوله «عليَّ» بعد «عني»، أو: إن قضى الله عليَّ ـ إن أراد بذلك الموت ـ كما لو صرَّح به، وإن لم يُرِدْه فلا، ويُصَدَّق الوارث بيمينه أنه لا يعلَم إرادته، فإن ردَّ خلفَ الموصَى له ـ إن أمكن ـ ووَقَع له، أي: وإن لم يُمْكِنْ كالمسجد فكسائر الدعاوي له.

وأن مَنْ قِيل له: أَوْصِ، فقال: قطعةُ أرضي هذه صدقةٌ أو وقفٌ على كذا، ولم يقل بعد موتي، يكون منجَّزاً، ولا نَظَرَ إلى السبب حتى يكون مخصَّصاً به، على المشهور عند الجمهور، خلافاً لما رآه المُزَني، وأبو ثور: من أنه يخصِّص عموم اللفظ، أقـول: فلو ادَّعى المتكلِّمُ ـ أي: أو وارثُه ـ إرادةَ تخصيصه به فالظاهرُ أنه يَدين، كما عُرِف في نظائره في الطلاق، وسيأتي شيءٌ من ذلك فيه إن شاء الله.

وأفتى في شخص أوصى بثلثِ مالِه لشخصٍ، وأوصى بعينٍ منه لغائبٍ إن قَدِم تلك السنةَ، اشترك هو وصاحبُ الثلثِ فيها، ثم تَرَاجعُوا هم والورثةُ فقَدْرُ الثلُث لهما، والباقي للورثة، على ما سَبَق في مسألةِ: أوصى له بمائة[1]؛ وإن لم يَقْدَمْ تلك السنةَ ولا بعدهَا حتى مات، أو إن كانوا جماعةً ومات بعضُهم صارتْ للورثة، وللآخر ثلثُ الباقي، فإن قَدِمَ بعد تلك السنة فليس له شيء، فإن قال الموصي: فإن لم يَقْدَم فيها هي لورثتي، بطلَتْ الوصيتانِ فيها أيضاً، وصارت للورثة، وإن قال: وإن لم يَقْدَمْ فهي لورثتي ـ ولم يقيِّده بكونه فيها ـ فقد قَدِم وصار لصاحبِ الثلثِ قسطُه من ثلثها، كسائر المال.

---

(١) تقدمت برقم ٨٣٧.

## ٨٤٤ ـ مسألـة

الوصيةُ بالدَّين صحيحةٌ، فلو قال للمَدِين: إن متُّ فأَعْطِ فلاناً له ما عليك لي، أو فرِّقه على الفقراء، صحَّتْ كذلك، كما استظهره الغَزِّي، وجزم به زكريا وغيره، قال أبو مخرمة: لكن لا تُقْبل شهادتُه بذلك، وقد يُغَرَّمُ بإقراره.

## ٨٤٥ ـ مسألـة

تصحُّ الوصيةُ برَقَبَةِ عبدٍ[١]، أو دارٍ لشخص دون منفعته، وعكسُه، وبكلٍّ منهما لشخص، ثم إنْ أطلقهما تَأَبَّدَتا ووُرِثتا عن الموصَى له، وله أن يوصيَ بهما، وإن أَقَّتَ المنفعةَ بحياته أو إقامتِه أو بسنةٍ مثلاً وقعتْ كذلك، وإن أَقَّتَ الرقبةَ بحياةِ الموصَى له، أو قال بعدها: فإن مات قبلَ بلوغِه فهي لورثتي: صحتْ وتكون مؤبَّدة، كما لو أوصى بذلك له رقبةً ومنفعةً مدةَ عُمُره، فتكون عُمْرَى كالهبة، ذكره الشيخان، وإن وَقَّتَها بغير ذلك كشهرٍ فالظاهرُ البطلانُ، كمثْلِه في الهبة.

ثم على مالك الرقبة نفقتُه وفِطْرتُه، ولو الوارثَ، وله إعتاقُه، وبه يتخلَّص منهما، لكن قد يكونُ محجوراً عليه ولا فائدةَ في بقائها له، ولا يُمكنُ إعتاقه، ويتضرَّر بإنفاقه، فليُبْحَثْ عن وجهٍ لخلاصه، فإني لم أجدْ شيئاً بعد البحث؛ ولا يُجزىءُ إعتاقُه عن كفارة إلا أن تكون المنفعةُ مؤقَّتة بمدة قريبة، قال الأَذْرَعيُّ: فالظاهر جوازه، قال: ومثلُها نذرُ العتقِ، بناءً على أنه يسلُك به مسلكَ الواجب، وحيثُ عُتِق بقيتْ منفعتُه لمالكها، ولا

---

(١) «حيث حَمَله الثلث» كما سيقوله المؤلف أول المسألة الآتية. والمعنى: حيث اتَّسَعَ له الثلث.

رجوعَ له على المُعتِق بشيء، ويثبت له حكم الأحرار في العبادات والشهادات والإرث، كما أفتى به أبو شُكَيل في «شرح الوسيط» وارتضاه السَّبْتي في «مختصره»، قال المُزَجَّد: وهو أوفقُ لإطلاق الأئمة، لكن وجدتُ عن «أدب القضاء» للهَرَوي أنه لا جمعةَ عليه، وفيه نظر، إذْ ليس لسيِّدِ العبدِ منعُه منها إن لم تَشْغَلْه إلا كالظهر وهذا أولى، فحيثُ كان كذلك اتَّجه وجوبُها عليه، أي: فإن زادتْ على الظهر لم يَلزمْه.

أقول: وهو ظاهر إذا لم يَأْذَن له مالكُ المنفعة، لسَبْق حقِّه على العتق، ونَقَل الرَّيْميُّ عن فتوى العمراني «وأسرار» الأصبحيِّ أنه لا يُعطَى حكم الحرِّ في الإرث والشهادة وغيرهما، لنقصه، ولو أَوْصَى ببعض المنافع كالنِّتاج واللَّبن صحَّ، وبقي ما عداه إرثاً.

ولمالكِ المنفعةِ السفَرُ به والوصيةُ والإجارة والإعارة، إلا أن يقول: ليسكُنَها، أو تخدمهُ فيختصُّ بنفسه، وكذا لا يملكُ ما وَقَع بكسبٍ نادرٍ كهبة له ووصية ولقطة، وظاهر كلامهم أن لفظ الغَلَّةِ والكَسْبِ والخدمةِ والسكني كلفظ المنفعة، قال في أصل الروضة: وينبغي أن الوصية بالمنفعة تكون بالانتفاع بها، ولو بالغير كما هو للمستأجِر: وأنها بالركوب والسكنى والخدمة لا تفيد غيرَها ولعلّه مرادهم، وأنها بالغلَّة أو الكسب لا تفيدُ الثلاثة.

ويجوزُ أن يوصيَ بثمرة هذا البستانِ هذه السنةَ، فإن لم يُثْمرْ فالأُخرى، وحيثُ أوصى بعموم المنفعة، أو بالرقبة دونها: فالأصحُّ أنه يجوزُ لأحدهما بيعُ حقِّه للآخر دون غيره، قال زكريا كغيره، وبيعُ المنفعة له صحيحٌ كما جزم به الدارميُّ ونقله الزركشي، وهو معقول،

كما قالـوه في حقِّ بيعِ البناء على السطح ونحوه؛ وإنْ باعاه معاً: قال زكريا: فالقيـاسُ الصحةُ، وحكى الدارميُّ فيه وجهين، أما الموصَى ببعضِ منافعِه كالنّتاج، فيصحُّ بيعُه لغير الموصَى له ويستفيدُ ما سواها كبائعه، إلا أنْ تكونَ حاملاً فلا يجوزُ حتى تَلِدَ لأن الحملَ يُقَابَلُ ببعض الثمن، وهو مجهول، ومثلُ ذلك: ما لو أَوصى أن يُدْفَعَ من غَلّة أرضه أو ثمرِه كلَّ سنة شيئاً معيَّناً إلى مسجدٍ مثلاً ـ أبداً، فيصحُّ للوارث بيعُها، كما أفتى به القاضي ابن عبسين وأَفهَمَه جوابُ لأبي مخرمة، ونَقَله في مثله عن ابن الصلاح وقال عنه: فلو باع ذلك على أن يكون كلُّ المُغَلِّ للمشتري لم يصحَّ.

قال ابن عَبْسِين ولا ينبغي فعلُ ذلك إلا لضرورةٍ، فإن بقاءَه بيد الورثة أقربُ إلى بقاء الوصية، سيما إن تعدَّد المشتري، فتكثر متابعتُهم بالأقساط، أي: فإن فعل فليَتَوَثَّقَّ بكثرة الشهود بما فيه، قال: وبيعُه إلى بعضِ الورثةِ أولى، وإلا فثقةٌ، ويزوِّج الجاريةَ أحدهما بإذن الآخر، وليس لصاحب المنفعة وطؤُها، وفيه لمالكِ الرقبةِ أوجهٌ، أصحها: جوازُه لمن لا تَحبَلُ فقط، قال الأذرعي: في وقـتٍ لا تتعطَّلُ به منفعتُها وهو المراد، وحيثُ مُنِع فوطىءَ فعليه مهرُها لذي المنفعةِ كما لَه مهرُها في الوطءِ بنكاح وشبهةٍ، فإن أَوْلَدَها صارت مستولدتُه تعتقُ بموته، وعليه قيمةُ الـولد يوم تَلِدُ يَشْتَري بها مثلَه تكون كأمِّه مثل ولدِها من غيره، أما العبدُ فأمرُ نكاحه للموصَى له بمنفعته، وإن أوصى بمنفعتها مدة جاز بيعُها لكلٍّ، إلا أن تكون مجهولةً فتبطلُ كالموصَى بثمرتها في إحدى سنتين.

## ٨٤٦ ـ مسألـة

من أوصى بصرفِ شيءٍ دائـمٍ يتكرَّر من تركته، فإنْ عيَّنه في جزء

منها كالثلُث، أو في عينٍ: صحَّ وما زاد للورثة؛ وكذا إن جعله في غلَّة، أو وقَّته بمدةٍ كعشر سنين أو عُمُر زيد، وكلُّ ذلك في هذه المسألة والتي قبلها حيثُ حَمَلَه الثُلُث، ويُفْرَزُ قَدْرُه في المطلق وعيْنِ المنفعة لذلك ما دام الحقُّ، فإنْ جعله في أنواعٍ: وُزِّعَ بحسب مقاديرها قيمةً، كمن أوصى بنفقةِ زيدٍ، وكسوةَ عمروٍ، وعشرةِ دراهمَ لبكرٍ كلَّ سنةٍ مدة حياتهم، فيفرزُ الثلُث ويقسَّطُ منه لذلك كلَّ سنة، فإن قال: في غلَّتها، صُرِف فاضلُها للورثة، فلو أوصى لزيد وعمرو بعشرين لا مكررةً، ولغيرهما بما يتكررُ مدةَ حياته كنفقته، فنقل أبو شُكَيل عن الفقيه البَرْبَهي [1] وسكت عليه: أنه ينبغي تقديرُ العمرِ عند توزيعِ الثلُث للوصايا إلى تمامِ سبعين سنَةَ لحديثِ: «أعمارُ أمتي ما بين الستين إلى السبعين[2]» وأرادَ الغالبَ ﴿وما يَنْطِقَ عنِ الهَوَى﴾[3]. انتهي. ولا أظنُّ الأصحابَ يُساعدونه عليه، كما عُرِف من حكم المفقود، بل صرَّح بعضُ المتأخرين بردِّه، لكن فيه تقديرُ تقريبٍ للمتحرِّي، أو للإصلاح، وحيثُ أوصى بما يدومُ ويتكررُ ولم يعيِّنه في شيء ولم يُنْهِهِ بغايةٍ: صحَّ فيما يقعُ عليه الاسم، وبطل فيما زاد، فإذا قال: أوصيتُ لزيدٍ أو لقيِّمِ المسجدِ بدرهم كلَّ سنةٍ: يصحُّ بدرهمٍ واحد.

---

(١) تحرف في الأصل إلى: البريهي.

(٢) رواه الترمذي وحسنه: الزهد ـ باب ما جاء في فناء أعمار هذه الآمة.. ٧/ ٨٥ (٢٣٣٢) والدعوات ـ باب أعمار هذه لأمة.. ٩: ٢٠١ (٣٥٤٥)، وزاد هنا: «وأقلهم من يجوز ذلك» وهي في رواية ابن ماجد الزهد.. باب الأمل والأجل ٢: ٤١٥ (٤٢٣٦)، وهي صريحة في معنى قول المؤلف: وأراد الغالب.

(٣) سورة النجم ـ الآية ٣.

## ٨٤٧ ـ مسألـة

أوصى بعتق عبده بعد خدمته لزيد سنةً: صحَّ وامتثل، فإن ردَّ زيدٌ الوصية بالخدمة، قالوا: لم يعتقْ قبل السنةِ، أي: وخدمتُه للورثةِ، ومقتضاه إعتاقُه بعدها، ومثله قوله: يخدمُ ولدي حتى يبلُغَ ثم يعتق، وبلوغُه بأيِّ وجه بَلَغَ، فلو مات الولدُ قبلَ البلوغ أُعتِقَ بعد خمسةَ عَشَرَ سنةً، ويحتملُ كونُه تعليقاً بصفةٍ كقوله: إنْ شُفِيَ مريضي فأعتقوه، فمات قبل الشفاء فلا يعتق، والأرجحُ أنه وصيةٌ للعبد إذْ لا تقصيرَ منه، ويعتقه من عُيِّن أو الوصيُّ، ومثلُ ردِّ الوصية: لو وهبَ الموصَى له حقَّ الخدمة للعبد، ذَكَره السُّبْكي وغيره، هذا ما استظهره القاضي ابن ظَهيرة، قال: ولم أَرَ في مسألة الصبي نقلاً، أقول: فلو كان للصبي شركاءُ في الإرث فلهم منعُ العبدِ من خدمته، ثم يَحتملُ أن يكون كردِّ الوصيةِ وموتِ الصبي، فيعتق بعد البلوغ أو مدَّتِه إن مات، وهو أوجَهُ، ويَحتملُ بطلانَها إذْ لم يوجدْ من الصبيِّ ردٌّ ولا مانعٌ.

## ٨٤٨ ـ مسألـة

أوصى بشيء، أو جزءٍ، أو كثيرٍ: عيَّن الوارثُ ما شاء، فإن ادَّعى الموصَى له إرادتَه أكثَر: عيَّنه، وحلفَ الوارثُ أنه لا يعلمُ إرادتَه له، وإن أوصى بأثاثه شَمِل ما له من إبلٍ وبقرٍ وغنمٍ وعبيدٍ وقماشٍ وغيرها. قاله زكريا، ويُنظَرُ فيه، وفيما لو قال: أثاثُ داري. والظاهرُ حملُه على ما يُنتفع به فيه عادةً مع بقاءِ عينه، كالأواني والفُرُش، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ـ ولا ابنَ له، أو كان وهو لا يرث لمانعٍ ـ لم يكنْ شيئاً، وإنْ كان له ابنٌ وارثٌ فقط فالوصيةُ بنصفٍ، ولا بدَّ من إجازةِ ما فوق الثلث، وإن قال لابنِ ابنه الميت: أوصيتُ له بمثلِ نصيب أبيه لو وَرِث: قدَّرناه حياً وورَّث،

فيكونُ لابنه الثلُث، لأنه يكون ثالثَ الابنين، ولو قال من له بنتٌ وارثة وأُختٌ لأبويه قد ماتت: أوصيتُ لبنتها بمثلِ نصيبها لو كانت حيةً: وقَع لبنتها ثلثٌ، إذْ هو حصة أمِّها لو وَرِثت بعد الوصية، ولو تَرَكَ لفظة «مثل» فكما لو ذكرها، كما صرَّح بترجيحه في «العزيز»[1] «والروضة» في بيع المرابحة وفي «الشرح الصغير» هنا، وجَزَم به غيرُ واحد، لأن الغَرَضَ بيانُ مقدارِ الوصية لا التشبيه، وكذا لو قال: أوصيتُ له بنصيبِ ابنٍ لي ـ بلا إضافة ـ صحَّتْ، كما في «التهذيب» «والكافي»، وتقديرُه: بمثلِ نصيبِ ابنٍ له لو كان، وجزم به زكريا، ومثلُه: «لو كان» ومات ولم يقل: «لو كان حياً» كما رأى القاضي عبدالله بن عَبْسِين القولَ به، قال: وأطبَق الناسُ على العمل به، وكما قالوا فيمن قال: بنصيبِ ابني: يقدَّر فيه: «مثلُ» انتهى.

فلو قال: بمثل ما كان نصيباً لابني؛ فالوصية بالكلِّ إجماعاً، كما صرَّح به الماوردي وتَبِعوه، أعني: إذا كان ابنُه واحداً ولو ميتاً على ما مرَّ، أقول: ومثلُه قوله: أقمتُه مقامَهُ، أو: جعلتُه مكانه في إرثه، أو: على ميراثه مني، فلو ادَّعى الموصَى له أنه أراد ذلك في قوله: أوصيتُ له بنصيبه أو بمثلِه: فالظاهرُ سماعُ دعواه، فإن أنكره الوارث، حلفَ أنه لا يَعلَمُ إرادتَه ذلك، فإنْ ردَّ اليمينَ حلفَ المدَّعي أنه أراده واستحقَّه.

## ٨٤٩ ـ مسألـة

الوصيةُ لله وكذا لـزيد تُقْسَم بينه وبين القُرَبِ نصفينِ كما سبق في

---

(١) يريد شرح الإمام الرافعي على «الوجيز» للإمام الغزالي، ويسميه بعضهم «فتح العزيز» ـ وبه طُبع ـ تحاشياً من إطلاق اسم «العزيز» على كتابٍ، وهو اسم الله عزّ وجل. والإمام الرافعي غير غافل ولا مغفَّل.

إطلاق الوقف لله، وكذا لزيدٍ نصفُ ما أوصَى به له ولمن لا تصحُّ له: كزيد وجبريل، أو الريح، أو الجدار، وله ولجمع محصورين: كزيد وأولاده ويعمُّهم نصفُهم، كذا له نصفُ ما ذُكِرَتْ له فيه صفةٌ مع جَمْعٍ غيرِ محصورين لا بتلك الصفة كزيدٍ العالمِ والفقراء، فإن لم يَصِفْه فله ما شاء الناظرُ، والباقي لهم، وكذا إنْ وَصَفَه بصفتهم وكانت فيه: كزيد الفقير والفقراء، فإن لم يكن فقيراً فكلُّه لهم، ولا يرجعُ للورثة بشيءٍ، لأنه بيَّن بصفته بِصِفَتِهم: أن مرادَه ملاحظةُ الجهة، فلو قال: لزيد إن كان عالماً وللفقراء ـ ولم يكن عالماً ـ بَطَلَ أقلُّ مُتَموَّلٍ، فيعود للورثة، كنصفِ منْ لا يملكُ في مثل زيدٍ والجدارِ، فلو كان لا ينحصرُ: كزيد والجُدُر، أو: الملائكة: لم يكنْ له إلا أقلُّ متموَّل، ويبطُل الزائد، وحيثُ أتى بجموعٍ متعاطفةٍ تشاركوا في الأصل بالسويَّة كالفقراء، والمساكين، وأمهاتٍ أولاده، فلهنَّ ثلُثٌ يَقْتَسِمْنَه، وللأولين ثلُثُ ثلثٍ، ويكفي من كلٍّ ثلاثة، قال السبكي: فلو وقفَ لمدرِّس، وإمامٍ وعَشَرة فقهاء، فقياسُ المذهبِ تثليثُه، للفقهاء الثلث. انتهى ومثله الوصية.

قال موسى بن الزين: وكذا ما جُعِلَ لجهتين إحداهما باطلةٌ مجهولةٌ كأولاد زيد، ومن سيحدُثُ له من الذريَّة، إذْ لا يُعرفُ للثاني غايةٌ يُقْسَمُ نصفين، فلو كانت الباطلةُ محصورةً كالوصية لزيد وجبريل وميكائيل: فله قِسْطُه بقَدْر آحادها، حتى لو أوصى لموجودِي ولدِه ومن سيحدثُ له: وُقِفَ الموصَى به حتى ينتهيَ رجاءُ حدوثِ ولدٍ له بموته أو جَبِّه، ثم يُعطَى الموجودون قسطَهم بتوزيعه على جملة الأولاد، ويبطُل قسطُ مَنْ حَدَثَ، قال: وقوله: أوصيتُ لزيدٍ ثم لمن يحدُثُ له، كقوله: له ولمن يحدث، فيشتركُ كما ذكرنا، ويبطُلُ قسطُ الحادثِ على الأصح دون زيدٍ أخذاً من قول البُلْقيني إن قوله: ثم لمن يحدثُ: ليس رجوعاً عن الأول، على

الأرجح. قال: وإنما قلنا: يُوزَّع بين الموجودين ومن يحدث، ويُوقَفُ الأمرُ لمعرفته أخذاً من ذلك عند مَنْ يصحِّحُ الوصيةَ لمن يحدث: أنه يشملُ كلَّ من حدث بعدها، كما صرح به ابن عُجَيل واعتمده الرَّيمي خلافاً للجمال، ومن قول ابن الرِّفعة: من أوصى بما تَحمِلُ ذي الشجرة: الظاهرُ عمومُه لكلِّ ما تحملُه كلَّ عام بعد، قال: وإذا قال الموصي: جعلتُ هذا إلى وصيي يصرفُه في كذا وفيما ذكرتُه في وصيتي - وجُهِلتْ وصيتُه وأُيِس من معرفتها - يبطُلُ النصف، ويبقى للمذكور النصفُ، وهو ما ظهر في هذه لشيخنا عبدالله بافضل.

## ٨٥٠ - مسألـة

حيث أوصى له بخدمة عبدٍ أو ثمرةِ بستانِه سنةً: عيَّنها الوارث، قال الأذرعي في الخدمة: وهو غير واضح، ويُشبه حَمْلُه على سنةٍ متصلةٍ بموته، سيما إن كان الموصَى له مضطراً، أقول: وهو قياسُ الباب، ولأنهم قالوا: لو أوصى بمنفعته سنةً، ثم أجَّره سنةً ومات فوراً: بطلت الوصيةُ، لأن المستحقَّ منفعةُ الأولى وقد فوَّتَها، وقد يموتُ الموصَى له بالخدمة فتفوتُ الوصية، ويُعارِضُ ذلك صدقُ الاسم على كلِّ سنة، مع أنا لو قلنا تتعيّن الأولى وكان الموصَى له غائباً: بطلت فيما فات لغَيبته، فينبغي أن يقال: يَستحقُّ سنة من حين طَلَب، كما يستحقُّ بدلَ ما أُوصي له بذلك، كالوصية له بدينار.

## ٨٥١ - مسألـة

أوصى لزيدٍ بثلهِ إلا عبداً فلعمرو؛ فمات عمرو قبله، فلزيد الثلثُ إلا قيمةَ العبد، وكذا لو أوصى له بثلثه ثم قال: ولأمّي منه مائةٌ، فتبطُلُ

في قدر المائة من الثلث، ثم يُنْظَر فيها من جهة الأم على ما مرَّ.

## ٨٥٢ ـ مسألـة

من أُثْبِتَ بوصيةٍ، فأقام الوارثُ بينةً أن الموصِي رجع عن وصاياه عموماً ولم تؤرِّخ: قدِّمت، فلا يثبُتُ من الوصايا إلّا ما أُرِّخ أنه بعد الرجوع، فلو شهدتْ بيِّنة الوارثِ بعَرْض الموصِي تلك العينَ للبيع: لم يثبُتْ بذلك الرجوعُ حتى يعيِّن كونَه في زمنٍ بعد الوصية، قال أبو مخرمة: ولعل الفرقَ أن قوله: رجعتُ عن وصايايَ نصٌّ في بطلانٍ سابق، بخلاف العَرْض على البيع.

## ٨٥٣ ـ مسألـة

يجوزُ نقلُ الوصيةِ للفقراء من بلدها إلى فقراء غيرِها، وفي قولٍ: لا، وفي «الروضة» في موضعٍ ما يقتضي رجحانه، ورجّحه البُلْقيني، ونَقَله عن مقتضى النصِّ، ونقله البَنْدَنيجي عن النصّ، فإن عيَّن بلداً تعيَّن.

## ٨٥٤ ـ مسألـة

من اعْتُقِلَ لسانُه فعقدُه ووصيتُه بكتابةٍ أو إشارةٍ مفهمةٍ، ولو قال ناطقٌ: هذا كتابي وما فيه وصيتي، لم يَكْفِ للشهادةِ به إلا أن يَعلَمَ الشاهدُ ما فيه كإشارةِ ناطق، بخلاف قوله: أنا عالمٌ به وقد أوصيتُ بما ذُكِرَ فيه إن حفظَ فيكون وصيةً.

## ٨٥٥ ـ مسألـة

ما علِّق من عتقٍ أو نذرٍ بما لا يختصُّ بمرضِ الموتِ ووُجِدَ فيه: فهو

من رأس المال، إلا أن يقعَ باختيارٍ من المعلِّق كإنْ دخلتُ أنا الدارَ فأنتَ حـرٌّ، فدخلها في مرضه فيكون من الثلُث، لا قولُه: أنتَ حرٌّ قبل موتي بشهر، فوقع ذلك في مرضه، بل يعتقُ من رأس المال.

## ٨٥٦ ـ مسألـة

أوصى بشراءِ عبدِ زيدٍ بألفٍ وإعتاقِه لـزم، فإن اشتـراه الوصيُّ بخمسمائة وأعتقه صح، ثم إن جَهلَ زيدٌ الوصيةَ: فإن ساوى العبدَ بالقيمة ألفاً، فالباقي للورثة، أو خمسمائة، فالباقي لزيد، أو ما بينهما: فله ما زاد على قَدْر قيمته من الألف، لأنه قَصَد محاباتِه، ومثلُه: من أوصى بأن يُحَجَّ عنه بألف فاستأجر الوصيُّ حاجاً بخمسمائةٍ جـاهلاً بالوصية فله ما زاد على قَدْر أجرةِ مثلِه من الألف فوقَ الخمسمائة، بخلافِ أمرِه بشراءِ عبدٍ غيرِ معيَّنٍ بألف، فوُجِدَ ما يَسْوَى الألفَ فاشترى دونه بأقلَّ: لم يصحَّ للوصية، ويكونُ له إن اشتراه في الذمَّة، وإن لـم يجد ما يَسْوَى الألفَ اشترى أرفعَ ما يمكنُ شراؤه بما يَسْوَاه، والظاهرُ أن الزائدَ لورثته.

## ٨٥٧ ـ مسألـة

قال: منِ ادَّعى شيئاً فصدِّقوه ولا تطالبوه بحجةٍ: فهو وصيةٌ يُعتبر من الثلث، قاله الرُّوْياني، وفي «الإشـراف» عن الجرجـاني: هو إقـرارٌ بمجهول، وتعيينُه للوارث، قال الغَزِّي في «أدب القضاء»: فلو قال: من ادَّعى من مَدِينِيَّ أنه أوفاني فصدِّقوه: فالمتَّجهُ أنه لا يُعْملُ به لمخالفته حكمَ الشرع، وجَزَم زكريا في مختصر أدب القضاء بكونه وصيةً في

المسألتين، وفي «فتاوى السبكي» أن قوله: ما نَزَل في حُجَجي[1] صحيحٌ وقبضتُه: إقرارٌ، فيعملُ بما عُرِف كونُه فيها حين الإقرار، كأنْ أقرَّ لزيد بما فـي الدار، وما شُكَّ فيه تُوقِّفَ فيه.

## ٨٥٨ ـ مسألـة

يجوز تعليقُ الوصية، كما في التنبيه وغيره، ويُعتبرُ ما شُرِط فيها، فلو أوصى لأولادِ ابنِه: فإن آذَوْا أباهم فلا وصيةَ لهم فقبِلوها بعدُ صارت لهم، ثم إن آذَوْه: رَجَعت وإن كانوا باعوها، كما قال الماوري: إذا أوصى لأمِّ ولده بألفٍ إلا أن تتزوَّج تُعْطاه، فإن تزوَّجت استُرِدَّ منها، فلو أوصى بعتق جاريةٍ على أن لا تتزوَّج، فقبلتْ عتقتْ، فإن تزوَّجتْ لم يبطُل العتقُ والنكاحُ لنفوذهما، وعليها قيمتُها. قاله موسى ابن الزين، وظاهرُه الحكمُ بصحةِ بيعهم أولاً في الأولى، ويبينُ بطلانُه بالأذى، قال: ولو أوصى لشخص بكذا إن قرأ على قبره جزءاً كلَّ يومٍ ولم يُؤَقِّته بغاية، يستحقُّه إن قرأه مدةَ عمره، وإلا فلا، وقال الأصبحي فيها: إن كانت الوصيةُ بمنفعةٍ اتُّبع شرطُه في كل غلَّة بوقتها، وإن كانت بعينٍ بطلت، إذْ لا غايةَ لشرطه، كمن أوصى له بدينار كلَّ سنة، فإن ذكر غايةً لم يستحقَّها إلا بوجودِ ما شَرَط، وما ذكره الأصبحي في الغلَّة أن كلَّ غلة تقعُ في وقتها لمن يقومُ بها ظاهر، فتكون غلةُ الثمار تُصرف في كل سنةٍ لسنتها، وإبطالُه في العينِ ما لم تؤقَّت أظهرُ مما ذكره موسى بن الزين، وقد نقله أبو مخرمة وأقرَّه، فلو فُرِض أن الغلَّة قلَّتْ بحيثُ لا يوجدُ من يرغبُ في أخذها بالقيام بما ذَكَر فالظاهر صرفُها لمن يقومُ بما يقابلُها على أقلِّ قدرٍ يؤخذ به. ومثلُ القراءةِ التهليلُ، وكالوصيةِ بالغلَّة الوقفُ لذلك.

---

(١) جمع حُجَّة. وهي هنا الصكُّ المُثْبِت شرعاً لحقٍّ ما.

## فصل في الإيصاء
## بمن يقومُ على محجوره وتنفيذِ وصاياه

هو واجبٌ في أداءِ حقٍّ عَجَزَ عنه حالاً وخُشي فوتُه إن لم يُـوصِ به، قال الأذرعيُّ: ويظهر وجوبُه على طفلٍ يُخشى بتركه إلى أمينٍ من وقوعِ ماله بيدٍ من يَضيعُ معه، لأنه يجبُ عليه حفظُ ماله، قال: ويصحُّ على الحَمْلِ ـ أي: الموجودِ عند الإيصاء ـ كما اقتضاه كلامُ الرُّوْياني وغيره، قال الزَّرْكَشي: وهو مقتضى ما في «تعليق» الشيخ أبي حامد، وكذا وِصايتُه في طفله الموجود ومَن يحدُثُ تَبعاً، وقد نَقَلَ فعلَه بعضُ الفضلاء عن إمامنا الشافعي، قال موسى بن الزين: وكذا إن أفرد بذلك من يحدث كما جزم به في «العباب»، وهو في أمر الأطفال للأبِ، ثم الجدِّ، ثم وصيِّ أحدِهما في الوصاية، ثم الحاكمِ، وأمرُ قضاءِ الدَّيْن: للوصيِّ، فإن لم يكن فللأبِ، ثم وصيِّه، ثم الجدِّ، ثم الحاكمِ وجوَّز جمعٌ من أهل اليمن استقلالَ الكاملِ أو الحاضرِ من الورثة بقضائه من تركته، وجزم به المُزَجَّد في وارثٍ حائزٍ، وكذا في غيره إن كان [من] جنس الدين.

وتنفيذُ الوصايا للحاكم إن لم يكنْ وصي، كذا نقله في «الروضة» عن البغويِّ وغيرِه وأقرَّه، ووهَّمه الأَذْرَعيُّ في تقديمه الجدَّ على الحاكم في قضاء الدَّيْن، قال: بل هو للحاكم كما في تعليق «القاضي» الذي يَستمدُّ البغويُّ منه، وشرطُ وصيِّ الطفل جوازُ شهادته عليه، فلا يجوز لعدوِّه، وإذا اختلَّ الوصيُّ لم يصحَّ تصرُّفه إلا في ردِّ عينٍ لمستحقِّها، أو قضاءِ دينٍ من جنسه، وكذا لو أوصى إلى اثنين فانفرد أحدهُما بغيرِ إذنِ الآخر، قال الرافعي والنووي: ووقوعُه الموقعَ فيها بيِّنٌ، وتجويزُ الإقدام

منه ليس بيِّناً، وليس لأحدِ الاثنينِ الانفرادُ بالتصرُّف إلا أن يصرِّح له به كأوصيتُ إلى كلٍّ منكما، وكذا إن قال: أنتما وصيَّايَ، قال الأذرعي: وفيه نظر، فلو أوصى إلى زيدٍ ثم إلى عمرو فقَبِلا: اشترَكا، وإن قَبِل واحدٌ استقلَّ، وكذا إنْ ضعُف الآخَرُ أو مات أو فُسِّق، فإن قال: أوصيتُ إلى عمروٍ فيما أوصيتُ إلى زيد: انعزل زيد، كنظيره في الوصية لهما بعَيْن، وحيثُ اختلفا في التصرُّف ـ وكلٌّ مستقلٌّ به فتصرَّف ـ: صحَّ، وإلا أنابَ الحاكمُ عنهما اثنين، أو عنِ الممتنعِ واحداً فيما تنازعا فيه منه، ومما لم يَنقسمُ في الحفظ، وينقسمُ بينهما لحفظِ ما إنقسَمَ، وكذا إن ماتا أو فُسِّقا أو أحدهما، وإذا اختلفا في عينِ مصروفٍ إليه أو معاملةٍ عيَّنه الحاكم.

قال في «الروضة» : قال الإمام: وليس المرادُ باجتماعهما في التصرُّف إذا اشترُط: تلفُّظَهما بصيَغ العقود، بل صدورَها عن رأيهما، بأن يباشِر أحدُهما أو غيرُهما بإذنهما، فلو وُصِّيا على طفلين كذلك، فباعَ أحدُهما عن واحدٍ، والآخرُ للآخر، فقَبله: صحَّ، كما أفتى به ابن العراقي، ولا يبيعُ أحدهُما إلا بحضرة الآخر أو نائبه، كذا في «العُبَاب» وغيره، وليكنْ فيما لم يعيِّنا ثمنَه، أما وَصَيَّا الحفظِ فلا ينفردُ أحدُهما به في كلِّه بحال.

## ٨٥٩ ـ مسألـة

إذا اختلَّ حالُ الوصيِّ، أو قيِّمِ القاضي، أو هو، ولو بإغماءٍ في الأصح، ثم صلُح: لم تَعُدْ وِلايتُه إلا بتجديدٍ، على الأصح، بخلاف الأبِ والجدِّ والإمام، وفي الإغماء نظر، وحيثُ ضَعُفَ ضُمَّ إليه مُعِينٌ، ولو وصَّى إليه وجَعَل عليه مُشْرِفاً لم يتصرَّف إلا بإذنه، ولا تَصَرُّفَ للمشرِف، وقولُه للوصي، اعملْ برأي فلان، أو حضرتِهِ إشارةٌ لا أمرٌ،

فيجوز دونه، لا في قوله: لا تعملْ إلا بذلك: فهو شرط، قاله العبَّادي وتُبِع.

## ٨٦٠ ـ مسألـة

إذا أوصى بقضاءِ الدَّيْن من عينٍ بتعويضها عنه، أو بثمنها: لم يكن للورثة إمساكُها، وينبغي جوازُ استقلالِ الوصيِّ بذلك، فإن لم يعيِّن فللورثة إبقاءُ ماله، وتسليمُ الدَّيْن من عندهم، كما سبق، فيطالُبهم الوصيُّ بأن يبذُلوا ذلك أو يسلِّموا له ما يبيعُه له من التركة الذي يَنفقُ أولاً وإن كان عقاراً، فإن استبدَّ ببيعِ شيءٍ دون مراجعتهم بطَلَ بيعُه، قال في «العبَاب»: فإن غابوا اتَّجه مراجعةُ القاضي ليأذَن، ومثلُ الدَّيْن: الوصايا المطلَقة.

## ٨٦١ ـ مسألـة

لا بدَّ من ذِكْر ما يوصي فيه، فلو قال: أنتَ ـ أو: جعلتُك ـ وصيِّي، أو أقمتُك مُقامي لم يَكْفِ حتى يقول: في أمر أطفالي، فيكفي للحفظ والتصرُّف في الأصح، وقيل: لا بدَّ من بيان التصرُّف، أو في قضاء دَيْني، وهل وَلَّيْتُك بعد موتي، كأوصيتُ إليك؟ وجهان، رجَّح الأذرعيُّ الانعقاد به، قال زكريا: والظاهرُ أنه كنايةٌ وليقبلْ بعد الموت ويكفي بالفعل، في الأصح كالوكالة، ويجوزُ تعليقُ الإيصاء، وتوقيتُه، والرجوعُ عنه، قال الأذرعيُّ: إلا أن يضيعَ به ما عليه من حقٍّ، فيظهرُ حُرْمتُه، وإذا اقتصرَ على نوعٍ اختَصَّ به، وفي «الأنوار»: قول القاضي لشخص: ولَّيْتُك مالَ فلانٍ فقط: للحفظ، لا التصرف. انتهى، ووكيلُ الحفظِ كالمُوْدَع في الضمان.

## ٨٦٢ ـ مسألـة

إذا مات ببلدٍ ومالُه بغيره، قال القاضي إبراهيم بن ظَهيرة: فالذي يظهرُ أن نَظَرَ وصاياه لقاضي بلدِ المالِ، وكذا الحكمُ في ميتٍ كذلك ولا وارثَ له، ليخصَّ بماله أهلَ بلدِه، كما قاله ابن الرِّفْعة، وظاهرُ النصِّ أنه لأهلِ بلدِ موته، وحَمَلَه السُّبْكي على من ماتَ ببلدِ مالِه، وذلك حيثُ منَعْنا نقلَ الزكاة، وقد سبقَ أولَ الفرائض عنه احتمالات، وأنَّ أظهرهَا عنده صرفُه لأهل البلديْن أي أنه يجوز لكلٍّ منهم، والنظر محتمِلٌ، أقول: فالحاصلُ فيما يظهر هنا ترجيحُ بلدِ المالِ، إذ الميتُ لا يصلحُ كونُه متبوعاً بِخلاف مثله من اليتيم، كما قاله القاضي إبراهيم، وحيثُ وقعَ المالُ ببلدٍ ـ ولو بنقله إليه ـ فالنظر لواليه، وكذا في الوقف على تُربةِ ميتٍ نَظَرُه لقاضي بلده، فإذا آل إلى بلدِ التربةِ صَرَفَه مصرفَه كما ذكره الأصبحي وغيره، وللأبِ والجدِّ الإيصاءُ على مجنونٍ ومن بَلَغ سفيهاً.

## ٨٦٣ ـ مسألـة

يَدْفعُ للمبذِّر نفقةُ يومٍ بيومٍ، أو أسبوعٍ كما يرى، وكذا يَكْسُوه ما يليقُ به، فإن أتلفَه قَصَرَه في البيت على قَدْر حاجته، وإذا خرج على ما يليقُ به، ويوكِّل من يُراقبه حيثُ خاف، ولا يبيعُ مالَ طفلٍ لنفسه، أو لطفلٍ آخر في حِجْره ألا مع حاكمٍ أو نائبه، وكذا القسمةُ، وتُقبلُ شهادتُه عليه لا له، ولا شهادةُ وصيٍّ للتركة إلا بما لا نَظَرَ له فيه، وله التوكيلُ فيما يُعتاد، وكذا غيره على الأصح، كما حكاه الشيخ أبو حامد عن المذهب، وجزم به المَحَامِليُّ، قال الأَذْرَعيُّ: وهو المذهب في البيان وغيره وقضيةُ كلام الرافعي في النكاح، وكذا نَقَله الزركشيُّ وقال: وهو الصواب نقلاً ومعنى، ولا يخالِطُ اليتيمَ إلا في المأكول ونحوه، أي فيما لم يكن

مشتركاً في أصلِ مِلْكِه، ولا يَلزمُه الإشهاد ببيعٍ حالٍّ له، ويجبُ في المؤجَّل.

## ٨٦٤ ـ مسألة

قوله: أوصيتُ إلى الله وإلى زيد: صحيح، وذكر الله تَبَرُّكٌ، ويتجَّهُ القطعُ به في قوله: لله ثم لزيد، كما هو في وصيةِ إمامِنا الشافعيِّ رحمه الله.

وللوصيِّ تخليصُ المالِ من ظالم بدفْعِ شيءٍ منه، ويجتهدُ في تقليله ما أمكنَ، قال ابن عبد السلام: وكذا له تَعْيِيبُه إن رَجَا سلامتَه به، كما فعل الخَضِرُ[1] في السفينة في قصته مع موسى[1] عليهما لسلام، قال الإمام إسماعيل الحضرميّ: ولعل سائرَ الأُمَناء ـ كالوديع والمقارض ـ مثلُه، قال الأزرق: ويكون في القِراض من الرِّبح.

## ٨٦٥ ـ مسألة

ليس للأب أن يُوصي على ابنه مع وجود الجدِّ، فلو غابَ فأوصى مَنْ ينظُر عليه إلى حضوره؛ قال السبكيُّ: لم أَرَ فيه نقلاً، ويظهر جوازُه، لأن نائبَه أولى من الحاكم، وكذا قال الزركشي، قال: ويحتمْل المنع، لأن غيبتَه لا تمنعُ وِلايتَه، أي: فينوبُ الحاكم عنه، وهو ما أفتى به غيرُهما كابن البُلْقيني، وأبي زرعة، نعم لو أوصى به في حياة الجدِّ، ثم مات قُبيل الأبِ نَفَذَت، إذِ العبرةُ بوقتِ الموت. كذا في «تدريب» البُلْقيني، ومن أوصى لطفلٍ بشيء وقال: لا يدفعُ إليه إلا إذا بَلَغ: امتُثِلَ، ولا يدفعُ

(١) في الأصل: فعل موسى. . . مع الخضر.

لوليِّه، فإن مات قبلُ فالظاهرُ وجوبُ دفعِه لوارثه، لليأس من قَبْضه، وكذا إنْ جُنَّ بعد بلوغه لوليِّه قبضُه، لأن الجنون علةٌ مُزْمِنة، على نَظَر فيها.

## ٨٦٦ ـ مسألة

أوصى ببيعِ حصةٍ له ليُصرَفَ ثمنُها في جهةِ برٍّ، فللناظرِ طلبُ القسمة إن كانت مصلحةً، كأنْ تَزيدَ بها، جزم بذلك صاحب «أدب القضاء» وزكريا في «مختصره»، وكذا أفتى زكريا بأن له بيعَ ما أوصى به لغيرِ معيَّنٍ ودفعَ ثمنه فيه، وحيثُ دفَع ثمن ما اشتراه في الوصايا من نفسه أو باقتراضٍ له: لم يرجعْ، ولا يبيعُ بعد دفعه ما أوصى ببيعه له، وله اشتراؤُه بعينِ ما أوصى به أو بثمنِه أو في الذمَّة وينقُدُه، فلو اشترى كفنَ الميت في ذمته، ثم باع، ودفع الثمنَ: جاز، ومثلُه الحاكمُ ونائبُه فيمن لا وصيةَ له، وكذا ليس للأب والجدِّ الإنفاقُ على الطفل من عندهما ليرجعا، إلا أن تكونَ المصلحةُ في تأخيرِ بيعِ مالِه لذلك، ويَكْفي قصدُهما، ويجوزُ ذلك لغيرهما من الأولياء أيضاً، لكن بإذن الحاكم، ومثلُ ثمنِ الكفنِ أجرةُ من يَحجُّ عنه، نعم إن كان وارثاً، أو دَفَع بإذن الوارث ـ والوصيةُ مطلَقة ـ رَجَع، والظاهر أن لا يرجعَ وارثٌ على شريكه في الإرث إلا أن يأذنَ له كالأجنبي، وإن أطلقَ العبادي رجوعَ الوارث، ولو استأجرَ الناظرَ للحج عن الميت في عينٍ أو ذمةٍ وتسلَّم الأجرةَ ومات الأجيرُ قبل الفراغ مفلِساً ونحوه، فلا غُرْم على الناظر، كما أفتى به المُـزَجَّد.

## ٨٦٧ ـ مسألة

ما جعله الموصِي للوصيِّ فهو من الثلُث، كالوصايا، فلو استأجره به

لم يصحَّ، لأنه لعملٍ بعد موتِه ولا تتحقَّقُ القدرةُ عليه، وكذا لو جَعَل لمن يتَّجرُ في مالِ الطفلِ شيئاً أجرةَ عمله.

وحيث قال له: فرِّقْ هذا، لم يُعْطِ نفسَه، ولا من لا تُقْبَل شهادتُه له، أو يخافُه أو يَسْتَصلحُه، حتى لو قال: ضَعْه حيثُ شئتَ: لم يعطِ نفسه. أي: وإن نصَّ على ذلك، وله صرفُه لأبويه وولده. قاله القاضي أبو الطيب، ولو قال: اقبِض منه لنفسك، لم يصحَّ لها أيضاً، جزم به في «أدب القضاء» بخلاف إذنه له في الانتفاع بنحوِ أكلٍ، لأنه وصيةٌ أو إباحةٌ فيما يظهر.

قال موسى بن الزين: ولو أوصَى مَنْ عليه دَيْنٌ بإجارةِ عينٍ لمن أجَّره مع بقاء دَيْنه: لم يصح، أي: إن نصَّ على تبقيته مع ذلك.

## ٨٦٨ ـ مسألة

شهِدَ بأن فلاناً أوصى بكذا، فأنكره الوارثُ وطَعَن فيه بأنه قال قبلَ شهادته: أوصى إلي بذلك: لم يكن طعناً، إلا أن يقول: وقَبِلْتُ، لأنه قد لا يَقْبل فلا يَلِي، جزم به الغَزِّي.

## ٨٦٩ ـ مسألة

قال زكريا: لو ادَّعى الوليُّ بذلَ مالٍ لتخليصِ مالِ الصبي، فالظاهر تصديقُه وإن لم تكنْ به قرينةٌ، وقال ابن عبد السلام في تَغْييبه مالَه لذلك: إن كانتْ قرينةٌ صُدِّقَ، وإلا فلا، وفيه احتمال، أقول: واشتراطُ القرينةِ هنا لأن العادةَ لم تَجْرِ بمثله إلا نادراً، بخلاف بَذْلِ المال، وأفتى أبو شُكَيل بتنزيلِ هذه الدعوى مطلقاً تنزيلَ دعوى الغِبْطة[1]، فَتُقْبَلُ من

(١) انظر آخر المسألة ٥٣٠.

الأب والجدِّ لا غيرهما، والأولُ أوجَهُ، لغلبة الظلم، وسبَقَ في الحَجْر أشياءُ من هذا الباب.

## ٨٧٠ ـ مسألـة

قال: أَحِجُّوا عني بهذا، تعيَّن للحج ولا يجوزُ بيعه، فإن قال: اصرِفوه في الحج، جاز بيعُه وصرفُ ثمنه، وكذا قولُه: حَجَّتي فيه. أفتى بذلك أبو مخرمة، وأفتى بأنَّ تَزَوُّجَ أمِّ الطفلِ الوصيةِ عليه لا يُخْرجها عن وِلايته ما دام كمالُها، إلا أن يصرِّح بانتهائها به، كما هو ظاهر.

## ٨٧١ ـ مسألـة

إذا عـزلَ القيِّمُ نفسَه لزمَه إعلامُ الحاكمِ ليحفَظَ ما تحت يدِه، فإن قصَّر فتلفَ ضمنَه.

## باب الوَدِيعَة

يجبُ قبولُها عند عدمِ غيرِه لكنْ بالأُجْرة، خلافاً للفارقيِّ وابن أبي عَصْرُون، ويحرمُ على عاجزٍ عن حفظها إن لم يعلمِ المالكُ حالَه، وإلا فالوجهُ عند الزَّرْكَشي تحريمُه عليهما أيضاً، لإضاعة المال، ومثلُه مَنْ لا يَثِقُ بأمانة نفسه عند الماورديِّ وجَمْعٍ، واختاره الأَذْرَعيُّ وهو وجه، والثاني: يكرهُ، وجَزَم به في «المنهاج»، وما كان ملكَ محجورٍ فاستُوْدِعَه العاجزُ: ضمنَه بأَخْذه، ولا يصحُّ إيداعه، وكذا العبدُ بلا إذنٍ، ويضمنُ بأخذه منهم، ولا يضمنون ما اسْتُودِعوه من رشيـدٍ ـ وإن تركـوه ـ إلا بإتلافه، ويكونُ برقبةِ العبدِ على الأرجح، ويقعُ بالايجاب المعلَّق، لكنه يفسُد مسمَّى الأجرة، كالوكالة، كما بحثَه في أصل «الروضة»، وقَطَع

الرُّوياني بجوازه مطلقاً؛ ولا بدَّ من قبولٍ أو قبضٍ، ويكفي قولُه: ضَعْه، فلو سكتَ وذهبَ لم يضمنْ ولو بعد غَيبة المالك، ولو ردَّها ثم قَبَضه ضمن، إلا أن يذهبَ المالكُ ويخشَى ضياعَه، وكذا ما بيدِ عبدٍ أو صبيٍّ أو سفيهٍ فيأخذُه حِسْبةً ليحفظَه فلا يضمن، وكذا لو قَبِلَ ثم تركَه عند مالكه وذهبَ؛ وولدُ الوديعةِ التابع كأمِّه وديعةٌ، للعُرْف، وفيه وجهٌ أنه أمانةٌ شرعيةٌ كثوبٍ أَلْقَتْه الريحُ عليه، فيجبُ ردُّه في الحال، أي: إعلامُ المالكِ به كما سَبَق أولَ الغَصْب - إن لم يعلَمْه.

## ٨٧٢ - مسألـة

أصلُ الوديعةِ الأمانةُ، فلا تضمنُ إلا بتعدٍّ باستعمـالها في غيـرِ صلاحِها، أو تقصيرٍ في حفظها كإيداعِها غيرَه، لا باستعانتِه فيها مع بقاءِ نَظَره، وإن خَرَج عن مَخْزَنه إن استَحْفَظَ ثقةً يختصُّ به، إلا إنْ تركها في مخزنِ غيرِه ولم يلاحظْها، أو استَحْفَظَ غيرَ أمين، أو من لا يختصُّ به، أو سَرَقها من يساكنُه ثَمَّ وقد اتَّهمه، لا قبلَ ذلك، ولا بنقلها لحَرْزٍ كحِرْزِها ولو في قريةٍ قريبةٍ، إلا أن تتلفَ به من حرزٍ عَيَّنَه المالكُ كأَنْ ينهدمَ الثاني عليها، ويضمنُ بما هو دونَه عند النقل إلا في بيتٍ من دارِ الأولِ أو خانِه هو حِرْزٌ، وإلا أن يظنَّها مِلكَه ويردَّها لمثل الأول، وإلا لحِرْزٍ دونَه لخشيةِ خرابِ الأول، وكنسيانها أو نسيانِ المودِع على الأصح، حتى لو أُودِعَ شيئاً مدفوناً فلم يُعْلِمْه بعلامةٍ، فنسيَه ضمنه كما في «العُبَاب»، وكالسفر بها إن أُودِعها في غيرِ سفر، وإلا فله إدامتُه وهي معه، وكذا إنشاءُ غيرِه بعد إقامتِه، كما قاله القاضي، ومُجَلِّي وغيرُهما، ورأى الإمامُ مَنْعَه.

وحيثُ خاف حريقاً، أو نَهْباً، أو خرابَ حَرْزِه ولم يجدْ غيرَه، أو أراد سفراً، أو مرضَ مَرَضاً مَخُوفاً: لزمَه ردها لمالكها أو وكيلِه إن وجده، وإلا

فإلى الحاكمِ أو أمينٍ، أو يُوصِي المريضُ إليهما بردِّها لهما إن مات، ويَكْفي الأمينَ الوارثُ، ويجبُ الإشهادُ به، وكذا عند دفعها للحاكمِ أو الأمين، على أصحِّ الوجهين، فإن تَركَه ضمن، فإن تعسَّر كلُّ ذلك فله السفرُ بها إن لم يكن مَخُوفاً بل يجبُ، ولو قال الوديعُ المريضُ لأمينه: بِعْها واحفظْ ثمنَها خشيةَ ظهورِها وأَخْذِ ظالمٍ لها، ففعلَ ـ وكان لا يرجو خلاصَها إلا بذلك ـ قال موسى بن الزَّيْنِ: فقياسُ المسائلِ المبنيَّةِ على دَرْءِ المفاسد ـ كالتصرُّف في مال اليتيم بالأصلح مع عدم الحاكم ـ صحةُ هذا البيع، وعدمُ ضمان الأمين، ويجبُ في الوصية تعيينُها، أو وصفُها بما يميِّزها، وإلا ضمن، ولو كان قد أوصى بها كذلك في صحته: كفى، كما جَزَم به موسى بن الزين وقال: هو قضيةُ النصِّ، ونَقَل أنه إن أوصى بها إلى فاسقٍ ضمنَها إن سلَّمها إليه وإن جَهِل حالَه، وهل تقديمُ الحاكم على الأمين واجبٌ فلا يُودَعُ الأمينُ مع وجوده؟ فيه خلاف رَجَّح في «الروضة» وجوبَه، وقال به جَمْعٌ، وهو ما في «مختصرها» و«العُباب» فيضمن بذلك، ورجَّح جَمْعٌ عَدَمَه وهو ظاهرُ النصِّ، ومال إليه الأَذْرعيُّ، وقال صاحب «المعين»: ومحلُ الخلافِ في عدمِ الضمانِ به إذا أَشْهَد، قال الفارقي: والخلافُ في الحاكمِ الأمينِ، أما مع الخوف منه فلا، قال ابن عَبْسِين: ولا شكَّ فيه، أقول: بل الظاهرُ الضمانُ بالدَّفْعِ للحاكمِ في الخوفِ منه.

فلو تركها مَنْ سافَرَ بها عند أمينٍ في الطريق ـ حيثُ جاز له السفرُ بها لنحو سَيْلٍ أو خوفٍ ـ: جاز، ولا يضمنها هو ولا وَدِيعُهُ، إلا أن يَقْبضها الثاني ليسيرَ بها إلى مالكها، وتَرَكَه بلا عذر فيضمنُ، كذا أفتى به أبو شُكَيل، قال زكريا: وإنما يضمنُ المريضُ بتركِ ما أُمِرَ به إذا تلفتْ بعدَ موته لا قبلَه، إذْ لا يتحقَّقُ الخطرُ إلا به، كالسفر، صرح به الإمام، ومال

إليه السبْكي، وقال الإِسنَويُّ: بمجرَّد المرض يصيرُ ضامناً إن لم يفعل، حتى لو تَلِفَتْ بآفةٍ فيه أو بعد صحتِهِ: لم يزُل ضمانه، قال ابن الصلاح: وذلك في غيرِ القاضي، لأنه نائبُ الشرع فلا يضمن إلا أن يَفرِّط، وهو تصريحٌ منه بأن تركَ إيصائِه ليس تفريطاً، فإن لم يوجدْ في تركته لم يضمنْ، قال السبكي: وهو الوجه، وظاهرٌ أنه في القاضي الأمين، ونقل التصريحَ به عن الماورديّ، وحيثُ لم يوصِ الوديعُ، وثَبَتَ أصلُ الإيداع، ولم يَدْرِ كيف أمرهما، ضمنَها في تركته، فإن جَزَم الوارثُ بأنها تلفتْ في حياته وقال: لعلَّه تركَ الإيصاء لذلك صُدِّق بيمينه، فلا ضمان، فإن قال: لا أدري كيف أمرها، ضمنَ في التركة، هذا ما حرره زكريا وغيره، وهو مقتضى كلام الأئمة في المذهب، ووقع هنا وفي «الروضة» اختصارٌ موهِمٌ لغلطٍ، وكذا في «أدب القضاء» للغزِّي نَقْلُ خلافٍ عن المذهب، وفي فتاوى أبي شكيل، وابن السَّبتي كلامٌ يوهمُ اعتمادَ غيرِ ما ذكرنا فلا يَريبُك.

فإن أَوْصَى بها ولم يميِّزها بوصفٍ وجبَ بدلُها في ماله، وإن وصفَها فوجدناها بما ذكر تعيَّنتْ، أو بزائدٍ فلا، ويضمنُ، وكذا إن وُجِدتْ عَيْنانِ فأكثرُ بوصْفها ولم تتميَّزْ، فإن ميَّز فلم توجدْ عينُها لم يضمن وإن وُجِدَ جنسُها، ولا يجب امتثالُ كتابٍ بأن هذا لفلان، لاحتمال كونه في الظَّرْف قبلَ طرحِه فيه، ومقتضى التعليلِ أنه لو عَلِمَ كَتْبَهَ بعده امتُثِل، وهو ورَع، ولكن الظاهرُ عدمُ وجوبه ظاهراً إلا بلفظِ إقرارٍ، كما سبق، ويضمن إن قصَّر بتركِ إطعامِ حيوان حتى مات، أو نشرِ صوفٍ عَلِمَ به حتى عفَّن، ولُبْسِ ما احتاجَ لِلُبْسٍ بنفسه إن لاقَ بمثلِه أو إلباسِه مَن يليقُ به إن لم يَلِق به، إلا إن نُهِيَ، ويُكرهُ مع ذلك امتثالُه، وفي تَرْكِ سَقْيِ نخلٍ لم يُؤْمَر به وجهان، صحَّح الأذرعيُّ عَدَمَ ضمانه، وفرَّق بحُرْمة الرُّوح وسائر

الشجر، والزَّرعُ مثلُه في الظاهر، ومُؤَنُ الوديعةِ لغائبٍ كَمُؤَنِ جمَالٍ غاب مُكْريها، وبتركِ تمشيةِ دابةٍ حتى زَمِنَتْ، وله إخراجُها لذلك، ولنحوِ إطعامٍ ولو بيدِ أمينٍ غيرِه، للعادة لا في الخوف، ويأخذُها بنيَّة أن يُنْتَفَعَ بها وإن تركه لا بها بعد الأخذ حتى يَنتفع ولا يضمنُ بعدها، ووَزْنُها للمعرفة في أحدِ وجهين كاللُّقَطَةِ وجَزَم به في «الأنوار».

ويضمنُ بنبشِ مدفونٍ، وفتحِ قُفلٍ، وفَضِّ خاتم، وخَرْقِ كيسٍ أُوْدِعَها كذلك هي وما فيها، لا بحلِّ رِبَاط، ويضمنُها بخَلْطها بغيرها، ولو للمالك إن لم يتميَّز، إلا أن يسهوَ بظنِّها له قاله الإَسنوي، والأذرعي وغيرهما، كما ذكره الرافعي في إخراجها من الحِرْز، وسَبَق، وبإتلافِ جزءٍ مما لا يتميَّز كثوبٍ فيضمن معه الباقي إن ذكرها، وإلا فلا، كذا ذكره في «الروضة»، ويختصُّ فيما يتميَّز بما أتلفَ أو خَلَط فقط، وحيثُ رَبَط الدراهم في كُمِّه بأمره أولاً، فإن رَبَط محكماً من وجهيه: الداخلِ والخارجِ فلا ضمان، أو من خارجٍ فقط: ضمن إن أخذها الطَّرَّار[1]، لا إنِ اسَتْرَسَلَت؛ أو من داخلٍ: فعكسُه، وإن أمره به فأمسكَها بيده ضمنَ بالغفلة، لا بالغصب، وجَعْلُها في الجَيْب المَزرور بدلاً عنه لا يضمن، وعِكسُه مُضَمَّن، وغيرُ المُحْكَمِ والمَزْرورِ فيهما مضمَّن، إلا أن تكون ثقيلةً يَشعُر بسقوطها، وكَوْرُ[2] العمامة مضمَّن بلا ربط، هذا كلُّه فيما أُودِعَه من خارجٍ، وأطلَق.

فإن قال له: أَحْرِزْه في بيتك، لزمه المبادرة، فإن أَخَّر بلا عذرٍ ضمن، وإن لم يخرج من البيت وقد أمكنه إلا أن يَشُدَّها مما يلي

(١) في «النهاية» لابن الأثير: «هو الذي يشقُّ كمَّ الرجل ويَسلُّ ما فيه». وقول: استرسلت: أي سقطت بنفسها.

(٢) تحرفت في الأصل إلى: كون.

عَضُدَه، قال الأذرعي: ويضمن في هذه أيضاً إن تلفتْ بسبب المخالفة، وحيثُ لم يعيِّن موضعاً وجاء بيتَه، فهل يلزمُه إحرازُها فيه حتى يُعَدَّ بإخراجها معه مقصِّراً؟ قال في «الروضة»: كلامُهم يُشْعِر بجواز خروجه بها، ويُشْبه الرجوعُ فيه إلى العادة؛ أما لو قال: احفظِ الدابةَ في بيتك، فجعلها في حِرْزِ مثلِها منه فلا يضمنُ، وإنِ انهدمَ عليها، لا كما ذكروا في المُكْرَاة، وكذا إن سُرقت منه، ويضمنُ بمخالفته في تركِ نقلها إلا لخوف، وفي اطِّلاع أحدٍ وأخذِ حارسٍ عليها إن تلفتْ بسببه، ولبسُ الخاتمِ لا بقصد الحفظ مضمنٌ إلا للرجُل في غير خِنْصِره، ويضمنُ بتضييعها ووضعها في غيرِ حِرْزِها والانتفاع بها ولو خطأً ونسياناً، ونقل الأُسيوطي عن الإسنوي أنه يُعذَر فيه بظنها مِلْكَه، ولعلها في عدم تأثيمه؟ أما الضمانُ: فلا يُختَلفُ فيه على ما أطلقه الأئمة.

ويُعذَر في ركوبٍ لسَقْيٍ ما لا تَسيرُ إلا به، ولهربٍ بها من ظالمٍ، ولو جاء المسافرَ قُطَّاعٌ فرماها بمضْيَعة وهَرَب: ضمنَ وكذا إنْ دفنها ليأخذَها إذا غابوا فأضلَّها، فإن كانت مُحْرَزَةً بنظره على دابةٍ هو معها، فجاءه من يخافُه على نفسه، أو ماله فهربَ منها فأخَذَها فالظاهر عدم ضمانه إذِ الآخذ لا يَتركُ لحضوره، وَلْيُنْظَرْ فيه. فإن كانت غير مَحرزةٍ من أولَ كأنْ طَرَحَ دراهمَ في جرابٍ وعلقه عليها، فهو ضامن لأنه غيرُ حِرزٍ لها، كما أفتى به أبو مخرمة أخذاً من كلام «الأنوار» وغيره.

## ٨٧٣ ـ مسألة

الحِرزُ في الوديعة كالحرزِ في باب السرِقة كما ذكره في «الأنوار» فيفصل بين أنواع الأموال في الحروزِ كما بيَّنوه فيها، وهو ما اقتضاه كلام

الجميع، فالدارُ المغلَقُ[1] ليلاً ولا نائمَ فيه[1] غيرُ حرزٍ، كما صرح به بعضهم.

## ٨٧٤ ـ مسألـة

قـال الأذرعي: رأيتُ لبعض أصحـابنـا أن أمـينَ الـبهـيمـةِ المأكولةِ ـ كالراعي ـ إذا وقعتْ في مَهْلَكَةٍ فلـه ذَبْحهـا، وإنْ تركه فماتتْ لم يضمنْ يعني: إذا لم يُمْكنه تخليصُها بلا كُلْفَـة، قال: والظاهر أنه لو نازعه المالكُ في وقوع ذلك لم يصدَّق إلا ببينة انتهى، وهو قياسُ ما ذكروه في دعواه الخوفَ الملجـىءَ له، لإيداعه غيرَه.

## ٨٧٥ ـ مسألـة

قال صاحبُ دارٍ لغيره: احفظْها، فقال: نعم، وذهبَ المالك وبابُها مفتوحُ، ثم ذهب الآخَر ضمنَ، بخلاف ما لو كانت مغلقةً، كما ذكروه في السرقة، ولو ترك حمارَه في صحنِ خانٍ واستَحْفَظَ الخانيَّ به فكان يلاحظُه كالعادة؛ فخـرج في بعض غَفَلاته لم يضمنْ إذْ لا تقصيرَ، وكذا الحَمَّاميُّ في ثيابٍ تُرِكتْ عنده، ولا بدَّ أيضاً من استحفاظه وقبوله كغيره، ويضمنُ إن نام أو غابَ ولم يُنِبْ غيره، ومن كان مع رفقة ومعه دراهم وديعةً فنام عنها فَسُرِقت لم يضمنْ، إلا أن يكون بعيداً من رَحْله، وتفرَّقوا، ذكر كلَّ ذلك الغَزِّي في «أدب القضاء» وغيره، قال: ولو أخافه آخَرُ حتى سلَّم الوديعةَ ضمنَ، لأنه افتدى بها بخلافِ ما لو أخذها قَهْراً، وهو كذلك كما ذكروه.

---

(١) كذا ذكَّر (الدار) وحقُّه أن يقول: المغلقة.. فيها.

## ٨٧٦ ـ مسألة

قال: خُذْ هذا وديعةً يوماً وعاريَّةً يوماً، فهو بعدَ أول يومٍ مضمونٌ للعاريَّة، ولا تعود الأمانة فيه إلا باستئمانٍ جديد، وكذا أجرةُ ما ضمنَ بتعدِّي الوديعِ بالخيانة فيضمنُ من حينِ التعدِّي هو وأجرتُه كالمغصوب، ويجبُ بـذلُ قيمتِه للحيلولة إن نَقَلَه ولا تسقطُ بها الأجرةُ، وإن أبرأَهُ المالكُ عن الضمان، كما ذكروه فـي الغصب، كذا أفتى به إبراهيم بن ظَهيرة وغيره وأفتى القاضي أبو حميش بعد لزوم الأجرة فيمن قصَّر أو تعدَّى بغير خيانة، كإيداعه عند غيره، كالوكيلِ إذا تعدَّى وإن ضمن الأصلُ، فلو أودعـه ثوباً وقال: احْرِقْه أو ألْقِهِ في البحر، ففعل لم يضمنْ، فإن استعملَه قبلُ ضمنَه على الأصح منفعةً أو عيناً ما لم يُحْرِقه أو يُلْقِه، فإذا فَعَلَ سَقَطَ ضمانُ عينه على الأصح كذا في فتاوي موسى بن الزين، نعم مَنْ أحدث له المالك استئماناً بريء.

## ٨٧٧ ـ مسألة

لو احترقَ منزلُه فبادر بإخراج ماله قبلَ الوديعة، أو وديعـةٍ قبلَ أخرى لم يضمنْ، قال الأذرعي: إلا أنْ يُمكنَ إخراجُهما دفعةً فتركه، وكذا لو كان مالُه أسفلَ فنحَّى ما فوقه بسببِ التنحية. انتهى، ومن أَعطَى خاتماً أمارةً لغيره في غيرِ حاجة ليردَّه إذا قضاها، فوضعه بعدُ في حرزه لم يضمن، إذْ لا يلزمه إلا التخليةُ، ومن أُودِع قَبالة[١] فتلفتْ بتقصيره ضمنَها كالغاصب، وسبقت هناك.

---

(١) على حاشية الأصل ما نصه: «بفتح القاف، أي: ورقةً مكتوباً فيها الحقُّ المُقَرُّ به، فتلفت بتقصيره: ضمن قيمةَ الكاغِد مكتوباً وأجرةَ الكتابة. انتهي. «أسْنى». ونحوه في «المصباح» ونقلتُه تعليقاً على المسألة التي أحال عليها المؤلف رحمه الله رقم ٦٣٢، ولخصت معناه عند رقم ٤١٣.

## ٨٧٨ ـ مسألـة

أودعـاه مشتَرَكاً، لم يردَّه إلى أحدهما إلا برضاء الآخر، فإن لم يتَّفقْ فالحاكم مكانه.

## ٨٧٩ ـ مسألـة

من قال له المالك: أَعطِ مالي فلاناً، لزمَه المبادرةُ بإعطائه، فإنْ أخَّر للإشهاد ضمنَ، فإن قال له: أَعْطِهِ أحدَ ذَيْنِ، فقَدَرَ على أحدهما ضمنَ، ولا يأْثَمُ بتأخيرِه للآخر على الأرجح، إذِ الأمـرُ لا يقتضي الفَوْرَ إلا أن يقولَ: ولا تؤخِّر، ولا يضمنُ بقوله: أَعطه منْ شئتَ منهما ـ ولم يُعطِ أحدَهما ـ على أشبه الوجهين عند الأَذْرَعي، وجَزَم به في «العُبَاب» لحمله على مشيئته ولم تُوْجَد، وهل يلزمُه الإشهادُ على الوكيلِ في كل ذلك؟ وجهان، صحَّح ابن الرِّفْعة عدمَه، لأن قولَ القابض مقبولٌ في ردِّه لمالكه وتَلَفِه، لأنه أمينٌ وهو مقتضى ما في «تصحيح التنبيه».

## ٨٨٠ ـ مسألـة

قولُ الوديعِ مقبولٌ بيمينه في الردِّ على مودِعِه ولو بوكيلٍ بعثَه بها إلى المودِع، أو إلى من قال له: سلِّمها إليه ليتودَّعها. قاله موسى بن الزين، لا إنِ ادَّعى أنه أخذها ولم يذكُر ردّاً، لأنه يدَّعي فعلَه، ولا في الردِّ على وارثه أو وكيله في قبضها منه، فيحلفُ المالكُ في الأخيرةِ على عدمِ علمه، ولا يُقبلُ وارثُه في الردِّ على مودِعِ مورِّثه، وكذا الملتقِط، ومن ألقتِ الرِّيحُ ثوباً في داره، ولمن لا يُقبلُ قَولُه منعُ الردِّ حتى يُشهدَ به، ويُصَدَّق كلٌّ منهم في التلَف ولو بغصب، على الأرجح في «الروضة»

وغيرها، إلا أن يدَّعي سبباً ظاهراً كحريقٍ ونَهْبٍ وموت، ولم يعرف، وحيثُ طلبتْ فأخَّر بلا عذر ضمنَ إن تلفتْ بعدُ.

## ٨٨١ ـ مسألة

إذا مات المودِع أو الوَدِيع، أو جُنَّ أو أُغْميَ عليه، لزمَ من هي بيده ردُّها إن طُلبت، وكذا إن لم تُطْلَب، وجَهِل ذلك من له ولايتُه من مالكٍ أو وارثٍ أو وليِّه، فإن غابَ فإلى الحاكم، وكذا لو كان الميتُ المالكُ محجوراً عليه بفَلَس يُراجِعُ وليَّ أمره، فإن أخَّر مع التمكُّن عَصَى وضمنَ، ومن العذرِ: الحمَّامُ، والنومُ، والطعامُ، والصلاةُ، وقضاءُ الحاجة، وملازمةُ غريمٍ يخافُ هربَه في أوقاتها، وكونها في خزانةٍ لا يتأتى فَتْحها حينئذ، وله إنشاءُ ذلك إن كانت بعيدةً من مجلسه.

## ٨٨٢ ـ مسألة

إذا ادَّعى عند شخص وديعةً فأنكرها، فأقام بها بينةً ثبتتْ فَيُلزمُ بها، فإن ادَّعى تَلَفَها أو ردَّها قُبِلَ فإن كان قال في جوابه في الأولى: لا شيءَ لك عندي ونحوه، قُبِلَ، إذْ لا تناقضَ بين كلاميه، وإن قال: لم يُوْدِ عني فلا، لكن إنْ أقامَ به بينةً قُبِلتْ، لأنها عن يقين، ويحتملُ أن يكون نسيَ ثم تذكَّر.

## ٨٨٣ ـ مسألة

إذا ادَّعى اثنان عيناً عند شخصٍ كلٌّ يقول: هي ملكي، فأنكرهما حُلِّفَ، وإن أقرَّ لأحدهما أَخَذَها، وللآخَر تحليفُه أيضاً، فإن نَكَلَ وحلَفَ الثاني لزمه قيمتُها، لأنه فوَّتها عليه بإقراره، وإن قال: هي لكما

فلكلٍّ نصفُ عينها[1]، فإن حلَف واحدٌ: أَخَذَها وبطلت دعوى الآخر بنكوله، وإن حَلَفا أو نَكَلَا قُسِمتْ بينهما، ولكلٍّ منهما الدعوى على الأول في النصف الذي فوَّته بإقراره لصاحبه كما في الكلِّ، وإن قال: هي لأحدكما ونَسيتُه ضمنَها على الأصح، ولكلٍّ منهما الدعوى عليه كالغاصب، وإن قال: هي لغيركما، حِلَفَ لكلٍّ يميناً أنه لا يَلزمُه تسليمُها له، وانقضت، وإن لم يعيِّن الغير، فإن لم يحلف وحلَف واحدٌ أَخَذَه بكفيل وإن نُقِل[2]، وإن لم يكن أميناً، وإن حَلَفا فوجهان، ويلزمُه بيانُ المُقَرِّ له ليخاصِماه، وحيث كانت الدعوى على غاصب فقال: هو لأحدكما ونسيتُه، حَلَفَ بنفيِ لزومِه لكلٍّ بتّاً، وإذا حلَف استحقَّه الآخَرُ بلا يمين، فإن قال المدعَى عليه: هو وديعةٌ، ولا أدري لمن هي؟ فإنِ ادَّعيا علمَه حَلَف على نَفْيِ علمه، ولا مداعاة بينهما إذْ لا يَدَ، وإن ادَّعيا الملكَ فالظاهرُ لزومُ جوابه وأن له اليمينَ بنفيِ وجوبِ تسليمه، إذْ لا يلزمُه إلا لمن عَلِمَ حقِّيَتَه.

## ٨٨٤ ـ مسألـة

لو أُوْدِعَ مفتاح فأعطاه أجنبياً أو شريكاً للمالك، فسُرِقَ ما في بيته لم يضمنه، وإن أَمَره بسرقته، إلا أن يلتزمَ حفظَه، ويَلزمُه ضمانُ المفتاح فقط.

## ٨٨٥ ـ مسألـة

ذهبَ بالوديعة فأُرُّ: لم يكن للمالك حَفْرُ داره، إلا أن يتعدَّى في

---

(١) في الأصل: يدها، وعلى الحاشية: لعله: نصف عينها، فأثبتُّه.

(٢) كتب بجانبها على الحاشية: كذا في الأصل. والظاهر ـ والله أعلم ـ أن مراده: أخذها بضامن وكانت منقولة.

وضعه، كدينارٍ وقع في مَحْبَرة، كما مرَّ في الغصب، ولو أَبَقَ العبدُ وأمكنَ لحوقُ المالكِ له بطلبٍ يشُقُّ، فلم يُخْبره، ففات لم يضمن، كما لو مرضَ ولم يُخْبره حتى مات.

## خاتمة

أفتى عزُّ الدين ابن عبد السلام فيمنْ عنده وديعةٌ لم يَعرِفْ منْ هي له، وأَيِس من معرفته: بأنه يصرفَها في أهمِّ مصالح المسلمين، ويقدِّمَ أهلَ الضرورة ومَسيسِ الحاجة، ولا يَبْني بها مسجداً انتهى. وذكر الأصحاب في مالِ منْ لا وارثَ له أن له صرفَه في المساجدِ وغيرِها من المصالح، فلينظَرِ الفرقُ بينهما، أو يُحملُ كلامُه على الأوَّلية مع جوازه في المساجد.

## بـاب
# حـكم الفَيءِ والغَنيمـة

### ٨٨٦ ـ مسألـة

لا حقَّ في الخُمُس ليتيمٍ وغيرِه من الكفار وإن كانوا عندنا، ولا يَحِلُّ نقلُ ما في إقليمٍ من سهمِ ذوي القُربى إلى غيره، بل يَخصُّ به أهلَه، فإن عُدِموا نُقِل، فإن لم يَفِ بحاجتهم نُقِل إليهم ما يَفي بهم، فإن لم يَسُدَّ بتوزيعه مَسَدّاً للكلِّ قُدِّمَ الأحوجُ فالأحوجُ.

### ٨٨٧ ـ مسألـة

لو نزلتْ بالمسلمين نازلةٌ تَحتاجُ لمالٍ فهي من بيت المال، فإن لم يكنْ فعلى أغنيائهم.

### ٨٨٨ ـ مسألـة

عن ابن عبد السلام: أنه لا يجوزُ وضعُ الدراهم عند صَيْرفيٍّ ذميٍّ مع حضور مسلم.

### ٨٨٩ ـ مسألـة

لو انفردَ منّا ناقصون ـ كالصبيان ـ بغنيمةٍ خُمِّسَتْ ـ وأربعةُ أخماسِها لهم يصرفُها الإمامُ فيهم بنظره بتفضيلٍ، أو تسويةٍ، ويَتبعُهم السَّبْيُ في

الإِسلام، فإن كان معهم كاملٌ فلهم الرَّضْخُ[1] وله الباقي، وإن انفردَ ذِمِّيُّون بغيرِ إذنِ الإمام فكلُّها لهم بلا خُمُس، أو بإذنِه فلا خُمُس ولهم الرَّضْخُ.

### ٨٩٠ ـ مسألـة

للإمام صـرفُ مالِ الفيءِ في غيـر مَصْرِفـه وإعطاءُ أهلِه غيـرَه للمصلحة، لا كالزكاة، قاله الصَّيْمري.

### ٨٩١ ـ مسألـة

لو قال الأمير: من غَنِمَ شيئاً فهو له، لم يصحَّ شرطه على الأظهر، والثاني جوازُه، وهو مذهب الثلاثة كما سَبَق قُبيل الرهن، نعم له عندنا إعطاءُ من ظَهَر أَثَرُه في الحرب زيادةً على سهمه من مال المصالح باجتهاده، وكذا لو شَرَط للغانمين قبلَ أن لا يُخَمَّس فلا يؤثِّر ويُخَمَّس.

### ٨٩٢ ـ مسألـة

يُسنُّ قسمتُها في دار الحرب، ويكرهُ تأخيرُها عنها بلا عذر، ويشارِكُ فيها أسيرٌ أُفْلِتَ ولو من جيشٍ آخر، وكافرٌ أسلمَ وحضَرَ الوقعةَ وإن لم يقاتِلا.

### ٨٩٣ ـ مسألـة

للفَرَسِ سَهْمان ولو مغصوباً، وهما لمحْضِرِه لا لمالِكه إلا أنْ كان

---

(١) الرَّضخ: العطية القليلة. ومن الأخطاء الشائعة استعمالها بمعنى: الخضوع والمذلَّة والنزول عند رغبة غيره.

منهم وَضَاع، أو غُصِب فقاتل عليه غيرُه، فله، ولا شيءَ لفرسٍ لم يُعْلَم ربُّه، أو علمه ولم يَرْكَبْه، ولا يُسهَمُ إلا لفرسٍ جَذَعٍ أو ثَنِيٍّ[1]، كما نَقَلَ اعتباره في زيادة «الروضة» في المسابقة، وأقره، وجزم به زكريا في «شرحه» وصاحب «العُباب» هنا، واعتَبر الأصحابُ صلاحيَّتَه للقتال، ولعلَّ كلَّ مقاتلٍ يسمَّى ثَنياً ما لم يكن قَحْماً أي: هَرِماً.

## ٨٩٤ ـ مسألـة

إذا لم يـدفعِ السلطانُ لأهـل بيت المال حقَّهم، فظَفِـر أحـدُ منهم ـ كعالمٍ وفقيرٍ ـ بشيءٍ منـه: فنقلَ الغـزاليُّ فيه أربعـةَ مذاهب: أحدهـا: لا يأخذُ منه شيئاً، قال: وهو غُلُوٌّ، والثاني: يأخذُ قوتَ يومٍ فقط، والثالث: كفايةَ سَنَةٍ، والرابع: قدرَ حقِّه، والباقون مظلومون، قال: وهو القياسُ، إذْ ليس الحقُّ فيه مشتركاً كاشتراك الإرث والغنيمة، فإنهما يُوْرَثان عنه، بخلافه، ونقله النوويُّ وغيرُه وأقرُّوه.

---

(١) الفَرَسُ الثَّنِيَّةُ: الداخلة في السنة الرابعة من عمرها، والجَذَع: ما دونها.

## بـاب النـكاح
## ونسأل الله النجـاح والصـلاح والفـلاح

يُسَنُّ لمحتاجٍ قادر، لا عاجزٍ غير تائِقٍ، ولا للمرأةِ إلا تائقةً، أو محتاجةً لنفقة، أو خائفةَ الفَجَرة إن تركته.

وأسند أبو حنيفة أنه صلّى الله عليه وسلّم قال لزيد بن حارثة[١]: «تَزَوَّجْ تَزِدْ عفَّةً إلى عفَّتك، ولا تَتَزَوَّجْ خمسةً: لا شَهْبَرَةً، ولا كَهْبَرَةً، ولا نَهْبَرَةً، ولا هَنْدَرَةً، ولا لَفُوتاً».

قالوا: فالشَّهْبَرَة: الزَّرْقاء البَذِينة[٢]، والكَهْبَرَة: الطويلة المهزولة[٣]،

---

(١) الذي في «جامع المسانيد» للخُوَارَزْمي ٢ : ١١٤ : زيد بن ثابت، وهو من رواية الإمام أبي حنيفة، عن شيخه حماد، عن إبراهيم النخعي، عن شيخ من أهل المدينة، عن زيد، ففيه راو مجهول، وفي آخره أن الإمام «ضحك من هذا الحديث طويلاً» استنكاراً أو استظرافاً؟ الله أعلم. وفيه أيضاً أن زيداً قال له: يا رسول الله لا أعرف شيئاً مما قلتَ؟ قال: «بلى أما الشهبرة: فالزرقاء..» فالتفسير المذكور من المرفوع خلاف ما يفيده كلام المؤلف.

(٢) هكذا في «جامع المسانيد»، وفي الأصل: البذيّة، وهو تحريف، فالبذيئة مذمومة، زرقاء أو بيضاء. ثم إن هذا المعنى لم يذكر في كتب اللغة ـ والله أعلم ـ وفي «النهاية» لابن الأثير: «الكبيرة الفانية»، وفي «القاموس»: «المُسِنَّة وفيها بقيَّةُ قوّة».

(٣) هكذا في «جامع المسانيد»، وتحرفت في «الأصل» إلى الكهبرة، وفسَّرها هناك بما فسَّرها المؤلف، ومثلهما في «النهاية» وفسَّرها صاحب «القاموس» بالقصيرة الدميمة.

والنَّهْبَرَة: القصيرة الدَّميمة[1]، والهَنْـدَرَة: العجوز المدبرة[2]، واللَّفُوت: ذاتُ الولَد من غيرك، ومثلُها: من فارقها زوجٌ تُحبُّه فتَحِنُّ إليه.

وينبغي أن تكونَ المرأةُ وَلُوداً، وتُعرفَ البِكْر بأمهاتها، وغيرَ شقراء، فقد قال الشافعي: ما رأيتُ من أشقرَ خيراً قطُّ، جميلةً لا مُفْرِطَتَه، قال الإمام أحمد: ما سَلِمَتْ ذاتُ جَمال قطُّ، وحُمِل على مُفْرِطَتِه.

ويُخْتارُ في المرأة دينُها، وأصالتُها، وكَرَمُ أهلها، وحياؤها، وعفَّتُها، وحفظُها لما حَمَلَتْه من تابعٍ ومالٍ، وحسنُ خُلُقِها، فهي حينئذ صالحةٌ لأَنْ تكونَ حسنةَ الدنيا، فإن رُزِقا معه اتفاقاً ومحبةً بينهما فهي بصفة الحُوْر، أجزلَ الله نصيبنَا منهنَّ ومَن أعظمِ الزُّلفَى عنده، إنه على ذلك قدير.

## فصــل
## في النظر، ولواحقه

يُسنُّ لمن أرادَ التزوُّج: ذكراً وأنثى نَظَرُ الآخَر في غيرِ عورةِ الصلاة، ويكرِّرُه ليتبيَّن ما يدعو إليه الإقدامُ أو التَّرك، واحتمَلَ الزَّرْكشي تقديره بثلاث، وفي البخاريِّ أنه صلّى الله عليه وسلّم قـال لعائشة: «أُرِيتُكِ ثلاثَ ليالٍ»[3] أي: بطريقِ الوحي يقظةً أو مناماً قبل خِطْبتها، وإلَّا يَستوصفَ، وإنما يجوزُ النظرُ لراجي الإجابة.

---

(١) وهكذا فسَّرها ابن الأثير، وفي «جامع المسانيد»: العجوز المدبرة، وفسَّرها في «القاموس» بالطويلة المهزولة.

(٢) في «جامع المسانيد»: القصيرة، وفي «النهاية»: هَيْدَرَة وفسَّرها بالعجوز التي أدبرت شهوتها، وقال: «وقيل: هو بالذال المعجمة من الهَذَر، وهو الكلام الكثير».

(٣) صحيح البخاري: كتاب النكاح ـ باب النكاح الأبكار ٩: ١٢٠ (٥٠٧٨) ولفظه:=

## ٨٩٥ ـ مسألـة

نقل القاضي عياضٌ عن العلماءِ أنه لا يجبُ على المرأة سَتْرُ وجهها في الطريق، بل هو سنةٌ، وعلى الرجل الغَضُّ، ونقل الإمامُ الاتفاقَ على منعِ النساءِ من الخروجِ سافراتٍ[1]، قال زكريا: ولا يتنافيان فإن المنعَ هو من الوُلاة للمصلحةِ العامةِ والمُروءةِ، مع كون السَّتر سنةً.

ثم نَظَرُ الوجه والكفين بشهوة حرامٌ، وهو عند خوف الفتنة إجماع، وفي الأمنِ على ما صححه في «المنهاج» والبُلْقيني، والأكثرون على إباحته لظاهر الآية: ﴿ولا يُبْدِيْنَ زِينَتَهُنَّ إلا ما ظَهَرَ منه﴾ وجزم به صاحب «الروض» و «العُبَاب» مع كراهته.

ويجوزُ الإصغاء إلى صوتها عند الأمن، إذْ ليس بعورة، ويُسَنُّ لها تشويشُه بتغليظِه وجَعْلِ يَدِها على فِيها مع أجنبيٍّ، وقاسَ عليه شيخانا الإمامان عبدالله بافضل وابن عَبْسِين: نَظَرَ مثالِ بدنِها في المرآة والماء.

والأَمَةُ كالحرَّة عند النووي، وأجازَ الرافعيُّ نَظَرَ غيرِ عورتها، لأثرٍ فيه عن عمر صحيحٍ: أنه أَمَرَها بكشف رأسها[2]، وإجماعِهم أنه ليس

---

= «أُريتُكِ في المنام مرتين» وأتم ألفاظه في كتاب التعبير ـ باب ثياب الحرير في المنام ١٢: ٣٩٩ (٧٠١٢). نعم في صحيح مسلم في فضائلها رضي الله عنها بلفظ «أُريتكِ في المنام ثلاثَ ليالٍ. . .»، فهي في المنام لا اليقظة، وفي رواية الترمذي في المناقب ٩: ٣٩١ (٣٨٧٥) أن جبريل عليه السلام جاء بصورتها في غرفة حرير خضراء، وقال: حسن غريب.

(١) أي: كاشفات عن وجوههن، وليس المراد بالسفور في اللغة وكلام العلماء هذا التكشُّفَ الحاصلَ في زماننا، وإنا لله وإنا إليه راجعون.

(٢) ذكر الحافظ ابن حجر رحمه الله في «الدراية» ١: ١٢٤ ما نصه: «عن عمر أن ضرب أَمَةً رآها متقنِّعة وقال: اكشفي رأسك ولا تَتَشبَّهي بالحرائر. أخرجه عبد الرزاق بإسناد صحيح». =

بعورة؛ وأجاب المانعُ بأن مأمورةَ عمرَ من المُبْتَذِلات التي تَبْعُدُ الفتنةُ بهن، وأن في التُّرْكِيَّاتِ ونحوِهن مَنْ يفوقُ على الحرائر، قال شيخنا: وفي هذا الجواب ما يُشِير إلى جوازه من المُبْتَذِلات، وبه جزم في «الروض» في الكلِّ عند الأمن.

والأصحُّ تحريمُ نظرِ كافرةٍ إلى مسلمة إلا أَمَتَها، قال الأذرعيُّ: وعكسُه غيرُ متَّجِهٍ بمجرَّده، وألحق بها ابن عبد السلام في «تفسيره»: الفواسقَ، وفي حديثٍ عن عائشة ما يدلُّ على جوازه مطلقاً.

ومَنَع النوويُّ نظرَ الأمردِ، وقيَّده في «رياضه» «وفتاويه» «وشرح مسلم» بالحَسَن، ولا بدَّ منه، ونقله عن النص، وأنكر ذلك غيرُه، قال البُلْقيني: بل أجمع المسلمون على جوازه عند أمن الفتنة، وعند خوفها وجهان، وأما مع الشهوة فحرامٌ بالإجماع، قال السبْكي وغيره: والمرادُ بها شهوةُ النظر بمجرَّده، وبنَى النوويُّ على حرمته تحريمُ الخلوةِ به، وجَزَم بعضهم بحرمة مسِّه وإن أُبيح نظرُه، قال الأذرعيُّ: وحرمةُ ما ذُكِرَ في جنس الرجال والنساء، فإن منهنَّ من يُفْتَتَنَّ به، وكلامهم يشملُ محارمه وسيِّدَه، ولا أحسبُ أحداً يقولُ به، قال الناشِري في «إيضاحه»: وهو غير ظاهر في السيد إذْ من الناس مَن يشتريه للفُجور به، أقول: وقولُ الأذرعي فيه أشبه، لأن أصلَ المنفعة فيه الخدمة، فإن طرأ أمرٌ حُكِمَ بمقتضاه.

وقد جوَّزوا للمسلمة التكشُّفَ لجاريتها الكافرةِ لموضعِ ضرورتِها

---

= وحاصل مسائل الباب أن تعتبر الفتنة من جانب الرجل، ومن جانب المرأة، وأن تقدَّر زماناً ومكاناً وإنساناً، وحينئذ يتبيَّن أن الحقَّ سدُّ الذرائع، وكان عمر رضي الله عنه يفعل ذلك حفاظاً على الحرائر، إذ لو تشبَّه الإماء بهنَّ «لاعتقد فيهن من لا يَعرفُهُنَّ أنهن من متبرّجَات الحرائر» كما قاله الباجي رحمه الله في «المنتقى» ٧: ٣٠٧.

لها، ويجوزُ للمرأة التكشُّفُ لصبيٍّ لا يُميِّز ولو عورتَها، ولغيره فوقَ السُّرة وتحت الركبة ما لم يُراهِقْ، هذا هو الأصوب، وظاهرُ إطلاقِ القدماءِ جوازُ التكشُّف له أيضاً.

ويجوزُ لكلٍّ نَظَرُ صغيرةٍ لا تُشْتَهى، وصغيرٍ لم يراهِق، وجزم في «المنهاج» بتحريمه إلى فرجهما، وهو ما نَقَل صاحب «العُدَّة» والرافعي الاتفاقَ عليه، وجوَّزه القاضي حسين والمُتَوَلِّي إلى التمييز، وفي كلام «الروضة» إشارةٌ إلى قوته، وبه جزم صاحب «الأنوار» و«الروض».

أما نظرُ النساءِ إلى الرجالِ: فحرامٌ عند خوف الفتنة، وعند الأمن أجازه الرافعيُّ وحرَّمه النووي، قال ابن عبد السلام: ويجبُ على الرجل سدُّ طاقةٍ تُشرفُ المرأةُ منها على الرجل إن لم تَنْتَهِ بنَهْيه؛ ويحرمُ نظرُ عورةِ رجلٍ أوِ امرأةٍ لمثله، وتَضَاجُعُهما في فراش في ثوب واحد عاريَيْن وإن تباعدا، وتنبغي الكراهة في متلاصقَيْن مستَتِرَيِ العورة فقط، وعدمُها مع السَّتر التامِّ، كما صرَّح به الخُوَارزمي وإن اقتضاه إطلاقُ غيره.

ويحرمُ مسُّ كلٍّ منهما بطنَ مَحْرَمِه وظهرَه وساقَه، كذا أطلقاه في أصل «الروضة»، وقيَّده السبكي فيه بلا حاجةٍ ولا شفقةٍ، أما معهما فيجوزُ بالإجماع، كما نقله في «شرح مسلم» مطلقاً في غير العورة بلا شهوة، وخصَّص بهما جمعاً بين الكلامين، وبه أَخَذَ غيرُ واحد من المتأخرين، وقد يقتضي حرمته عبثاً مع الأمن، وفيه نظر؛ وجوَّز القاضي حسينٌ والرُّوْياني نظر العجائز لقوله تعالى: «والقواعدُ من النساءِ» الآية. ويُسنُّ تقبيلُ الصغارِ، وأيدي الأخيار، والقيامُ لهم إكراماً، لا إعظاماً ورياءً، ويكره ذلك لغنيٍّ ونحوه؛ ويجبُ التفريقُ بين الصبيان في المضاجع إذا بلغوا عشرَ سنين إن كانوا متجرِّدِينَ متلاصقينَ، وكذا متلاصقين غيرَ

متجردين على ما شَمِله إطلاقُ الشيخين، واحتملَ السُّبْكيُّ عدمَه، ويجوزُ إذا تباعدا وإن كانا في فراشٍ واحد، كما حرَّره السبْكي، وأطلق الشيخان مَنْعَ المضاجعة بينهم وبين آبائهم وأمهاتهم، قال السبكي: ولا دليلَ عليه، بل في الترمذي حديثٌ حسَّنه باستثناءِ الوالدَيْن ـ أقول[1]: ورواه أيضاً أبو داود وصحَّحه الحاكم كما نقلوه وذلك لعِظَم حِشْمَتهما ووفور شفقتهما، فليُحْمل على حال الإفضاء بعورةٍ فيحرُم، أو التلاصقُ مع التَّستر فترْكُه أولى، ومع الاختلاف بالذكورة والأنوثة يكره، وذلك كلُّه حيثُ يتحقَّق أمنُ الفتنة والشهوة، وغيرُ الوالدين من المحارم ـ حيثُ

---

(١) الحديث هو من رواية أبي سعيد مرفوعاً: «لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يُفْضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تُفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد» هذا لفظ مسلم في كتاب الحيض ـ باب تحريم النظر إلى العورات ٤: ٣٠، ومعنى: لا يفضي: لا يضطجعان معاً تحت ثوب واحد. ورواه كذلك أبو داود في كتاب الحمَّام ـ باب ما جاء في التعري ٤: ٣٠٥ (٤٠١٨) والترمذي في كتاب الأدب ـ باب ما جاء في كراهية مباشرة الرجل.. ٨: ٢٨ (٢٧٩٤). وروى أبو داود آخر كتاب النكاح ٢: ٦٢٧ (٢١٧٤) حديثاً طويلاً في آخره جملة بهذا اللفظ بزيادة: «إلا إلى ولد أو والد» ثم كرر روايتها آخر كتاب الحمّام ٤: ٣٠٥ (٤٠١٩) وهي فيهما من رواية الطفاوي عن أبي هريرة، والطفاوي لم يسمَّ. وروى الترمذي جملة أخرى من هذا الحديث الطويل في كتاب الأدب ـ باب ما جاء في طيب الرجال والنساء ٨: ٢٥ (٢٧٨٨) بسند الطُّفاوي عن أبي هريرة وقال في آخره: «حديث حسن، أن الطفاوي لا نعرفه إلا في هذا الحديث، ولا نعرف اسمه». فهذا الذي يعنيه التاج السبكي. فالاستثناء ليس في الترمذي، إنما فيه جملة منه وحسَّنها، مع أنها من رواية الطفاوي الذي تكلَّم عليه الترمذي نفسه، وكأنه حسَّن هذه الجملة (في طيب الرجل والمرأة) لأنها وردت في حديث آخر من رواية عمرو بن حصين ساقه الترمذي عقبه، ومثل هذا لا يقال في: حسَّنه الترمذي دون بيان لوجهة نظره..

وأما رواية الحاكم فهي في «المستدرك» ٤: ٢٨٧ عن جابر وابن عباس بلفظ قريب مما تقدم دون الاستثناء والذي هو محل الشاهد.

اختلَفَ الجنس ـ حكمه كالوالديْن ويزيدُ بأولويَّة المنع، هذا ما نقَّحتُه من كلامه[1] في «الحَلَبيات» وهو الحقُّ الموافقُ للدليل والمعنى، ولا شك أن مضاجعةَ الجنسِ مع كمال السَّتر بالتلاصُق خلاف الأولى، قال: وإنما كرهْناه أو حرَّمناه في الصبيان لعُرَامتهم[2] وعدم انضباطهم وقلَّة تحفُّظهم، سيَّما عند أول ثَوَران الشهوة. انتهى.

ويجوزُ نظرُ العبدِ سيِّدتَه والخلوةُ بها إن كان خالصاً[3] وثقةً، كما قيَّد به جماعةٌ منهم البغوي في «تفسيره»، ونظرُها له إن كانتْ ثقةً، كما نقله الإسنوي، عن المفسِّر المهدوي، وهو شافعي، إلا المكاتَب كما نقله النووي عن القاضي وأقرَّه، لكن القاضي قيَّده بمن معه وفاءٌ، لحديثٍ صحَّحه الترمذي قيَّده بذلك[4]، وقال جماعةٌ: هو كالقنِّ، ونصَّ عليه الشافعي وأجاب بأنَّ ما في الحديث من المنعِ خاصٌّ بأُمهات المؤمنين لعِظَم حُرمتهنَّ، قال الزركشي: فيجبُ الفتوى به، وجَزَم به في «العُبَاب»، وخصَّ ابن العماد منعَ الفاسق بالزاني لا غيره، قال زكريا: وفيه نظر، وهو عندي قويٌّ في غير الخلوة.

أما نَظَرُ الرجلِ مكاتَبَتَه فيجوزُ مع الأمنِ في غيرِ ما بين السُّرة والركبة، وكذا المزوَّجة، والمعتدَّة، ومن لا يجوزُ وطؤُها للكفر، وكذا من

---

(١) الضمير يعود على ولده الإمام تقي الدين السبكي، بدليل قوله «في الحلبيات» وهي أجوبتُه عن أسئلة وردت عليه من حلب.

(٢) العُرَام: الشراسة وسوء الخُلُق.

(٣) أي: خالص الرقِّ، فخرج لمكاتَب مثلاً، كما سيأتي.

(٤) روى الترمذي ـ وغيره في كتاب البيوع ـ باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ٤: ٢٦٠ (١٢٦١) عن أم سلمة مرفوعاً: «إذا كان عند مكاتَب إحداكُنَّ ما يؤدي فَلْتَحْتَجِبْ منه» وقال: «حديث حسن صحيح. ومعنى هذا الحديث عن أهل العلم على التورُّع وقالوا: لا يَعْتِقُ المكاتب ـ وإن كان عنده ما يؤدي ـ حتى يؤدي».

له شِرْكها، وصوَّب البُلْقيني فيها منعَه كالأجنبيّة.

ويحرمُ على الرجلِ دَلْكُ فخذِ رجلٍ بلا حائل، ويجوزُ معه عند أمن الفتنة، قال أبو شكيل: ومنه يُفهم جوازُ مصافحةِ الرجلِ للأجنبية مع الحائل والأمن[١]، وقد أخبرني مَنْ لا أشكُّ في صدقه عن الإمامين إسماعيل الحضرمي وأحمد بن عجيل أنهما كانا يفعلان ذلك، أما دونه فحرام، أقول: فينبغي التنبيهُ عليه كثيراً، ففي الناس تساهلٌ فيه سيَّما مَن يُنْسَب إلى الخير، وقد روي أن النبي صلّى الله عليه وسلّم كان لا يصافح النساء الأجانب[٢].

---

(١) فهم هذا الحكم وتخريجه على الحكم الذي قبله: غيرُ ظاهرٍ محلُّه، فذاك في رجل مع رجل، أما هذا فرجل مع امرأة. والنصوص الشرعية هي الحَكَم وهي المتَّبَعَة، أما عملُ العاملين فشيء آخر. وانظر كلام أبي زرعة العراقي رحمه الله المنقول في «فيض القدير» ٥: ١٨٦ في شرح حديث: «كان ﷺ لا يصافح النساء في البَيْعة». وأصلُه في «طرح «التثريب» ٧: ٤٤.

(٢) روى البخاري في تفسير سورة الممتحنة ٨: ٦٣٦ (٤٨٩١) عن عائشة قالت: «والله ما مسَّتْ يدُه ـ ﷺ ـ يدَ امرأة قطُّ في المبايعة» وروى النسائي في «سننه»: كتاب البيعة ـ باب بيعة النساء ٧: ١٤٠ (٤١٨١) عن أُمَيمة بنت رُقَيقة رضي الله عنها ـ إحدى المبايعات ـ عن النبي ﷺ أنه قال لهم حين طلبْنَ منه المصافحة للبيعة: «إني لا أصافحُ النساء، إنما قولي لمائةِ امرأةٍ كقولي لامرأة واحدة». ورواه الترمذي أيضاً ٥: ٣٢٢ (١٥٩٧) وقال: حسن صحيح وفيه الحديث بطوله إلّا هذه الجملة الأولى، ونقل المناوي في «فيض القدير» ٣: ١٦ عن الحافظ ابن حجر أنه صحح هذا الحديث. هذا وقد جاء على طول حاشية صفحة الأصل هذه الفائدة عند هذه المسألة، ونصها: «فائدة: قال في «المَشْرَع الرَّويّ: وأن يصافح من لاقاه فإنه سنة بالإجماع عند أول التلاقي، وكذا عند الوداع، على ما قاله بعض المالكية، وأقره الشيخ ابن حجر، ويسَنُّ تقبيل كلِّ يَد نفسه، وأن يقوم لمن فيه فضيلة من نحو صلاح أو علم، أو يُرْجَى خيره، أو يخشى من شره، ولو كافراً خُشي منه ضرر، أو يكون على جهة البر والإكرام، لا الرياء والإعظام بل أفتى ابن عبد السلام وابن الصلاح بوجوبه في هذا الزمان، لأن تركه صار علَماً على القطيعة ووقوع الشحناء، والقطيعة=

للزوج وسيِّدِ الأَمةِ النظرُ إلى بدنها، ومسُّه حتى ما بين صَفْحَتَيْها ولو بذكره ما لم يُولج، وشَمِل كلامُهم نظرَ الدُّبُر وهو قياسُ مسِّه، قال زكريا: وقولُ الإمام ـ والتلذُّذُ بالدبُر بلا إيلاجٍ جائز ـ كالصريح فيـه، وخالفَ الدارميُّ فقال بحرمةِ نظرِه. انتهى، وهو مشعرٌ بأن المعتمدَ عنده جوازُه كما اقتضاه إطلاق الشيخين وغيرِهما تعميمَ الجوازِ في كلِّ البدن ونظرِهما إليه، والمسُّ كعكسه، قال الزَّرْكشي: إلا أن يمنعهَا من نظر عورته فيحرمُ، قال زكريا: وفيه وَقْفَة، ويُكْرَه نَظَرُ الفرج لكلٍّ منهما حتى من نفسِه لغيرِ حاجة، قال السبْكي: ولا يجـري في مسِّه في الظاهر، لانتفاءِ علَّةِ خوفِ العمى، وقد سأل أبو يوسفَ أبا حنيفةَ عن مسِّ الرجلِ فرجَ زوجتِه فقال: لا بأس به، وأرجو أن يَعْظُم أجرهما، أقول: ومسُّها فرجَه أجوزُ، لأنه من الاستمتاع المستحقِّ له.

أما وطءُ الـدبرِ فحرام، ووردتْ أحاديثُ بالتشديد فيه[١]، ونُقل عن جماعةٍ إباحتُه، كما قال الأزرق، ولعلَّه لم يصحَّ عندهم النهي؛ وكذا استمناءُ الرجلِ بيدِ نفسِه، وقد وردَ أن فاعلَه ملعونٌ[٢]، وعن أحمدَ بن

---

= ولتباغض، ويحرم على الداخل أن يُحِبَّ قيامَهم له. ا هـ من «المشرع» من خط العلامة عبدالله بن حسين بلفقيه».

(١) منها حديث عمر رضي الله عنه في سبب نزول الآية: «نساؤكم حَرْثٌ لكم» قال له ﷺ: «أَقْبِلْ وأَدْبر، واتَّـقِ الدُّبُرَ والحيضةَ» قال الترمذي ٨: ١٧٠ (٢٩٨٤): «حسن غريب». ومنها حديث الترمذي أيضاً ٤: ١٤٥ (١١٦٤): «.. ولا تأتوا النساء في أعجازهن، فإن الله لا يستحي من الحق» وقال: حديث حسن. وروى عَقِبه حديثاً آخر عن ابن عباس مرفوعاً: «لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلاً أو امراة في الدبُر» وقال: حسن غريب. وانظر «مجمع الزوائد» للهيثمي ٤: ٢٩٨.

(٢) كأنه يشير إلى ما اشتهر: ناكح اليد معلون، وليس بحديث أبداً. انظر «المصنوع في معرفة الحديث الموضوع» للقاري ص ١٩٩.

حنبلٍ جوازُه[1]، وسهَّل فيه بعضُ أهلِ اليمنِ لمن خشيَ الزنا إنْ لم يفعلْه.

## ٨٩٧ ـ مسألـة

يَحرُمُ التصريحُ للأجنبية بالرَّغبةِ في نكاحها[2] ولو من مجهول، كما صرَّح به في «الأَسْنَى» نصاً وتمثيلاً، وبالخِطبةِ لمعتدَّةِ غيرِه ولو بشبهة، لا التعريضُ فيها، والخِطبةُ على خطبةِ مَنْ صُرِّح بإجابته، لا مَنْ عُرِّض له بها، بل يُكره، وفي «تدريب» البُلْقيني: تَحْرُم خِطبةُ جاريةٍ يَطَؤُها سيِّدها للتَّسَرِّي، وإلا فيجوزُ تعريضاً قبلَ الاستبراء إلا أن يَخْشَى إفسادَها به على سيِّدها، وبعده يجوزُ التصريحُ، قال: قُلْتُه تخريجاً.

## فصـــل في أركان النكاح

## ٨٩٨ ـ مسألـة

صيغتُه: زوَّجتُكَ، وكذا أُزَوِّجُك، إنْ خَلَا عن معنى الوعد، قال البُلْقيني: وكـذا تَزَوَّجْ ـ بلفظ الأمـر ـ على الأرجح، وجـزم الماوردي بخلافه، ومثلُ المضارع: اسمُ الفاعل والمفعول على الأقرب، كأنا مزوِّجُك الآن، وأنتَ مُزَوَّج الآن، ويأتي مثلُه في كلام الزوج. انتهى، وهو صحيح، ومثله: زوَّجتُ لك، وإليك، ومنك، قال: ولـو قال: زوَّجتُ نفسي بها: انعقد على الارجح، والمعروفُ في هذه ترجيحُ عدمِ

---

(١) الذي في «المغني» لابن قدامة ٣: ٤٨ أنه حرام، دون الإشارة إلى أي خلاف، أو أي قيد وشرط، وكلام ابن القيم في «بدائع الفوائد» ٤: ٩٦ يفيد أنه حرام إلا إذا غلبتْه شهوتُه ولم يقدر على التزوج أو التسرِّي. وانظره.

(٢) على الحاشية: «في نسخة: في جماعها».

الصحة، وقولُه: زوَّجتَكَ ـ بفتح التاء ـ كمثله في البيع، وسَبَق في بابه، وأفتى زيدُ اليَفَاعي بصحته بقوله: وزوَّجْكُكَ ـ بتعويض كاف عن تاء المتكلم ـ كما هو لغةُ قومٍ من اليمن، قال أبو شُكَيل: وقال لرجل: لا زوجةَ لي، فقال: أنا أزوِّجك بنتي، فَقَبِل: لم يكن الأولُ إيجاباً بل وعدٌ، للقرينة؛ وقبولُه: قَبِلتُ نكاحَها، وكذا رضيتُ، كما نقل ابن هُبَيْرة إجماعَ الأئمة الأربعة عليه، ولا عبرةَ بقول من استشكل، بل قد رُوِي مجيئُه في عقدِ عليٍّ بفاطمةَ رضي الله عنها، أسنده الآجُرِّيُّ، ولا أعرف حالَ سنده، ولا يكفي فيه، نعم، وإن[1] توسَّطَ بينهما خطابٌ متوسِّطٌ فيه، ولا الإرسالُ به لغائبٍ، أو مكاتبتُه.

ولا بدَّ من ذكرِ التزويجِ أو الإنكاح في الإيجاب والقبول، وكذا ذِكْرُ الزوجة، فلا يكفي: قبلتُ، أو قبلتُها، نعم يكفي: قبلتُ هذا النكاح، وكذا قبلتُ النكاحَ، فقط، كما نصَّ عليه في «الأُم» وجَرَى عليه الشيخ أبو حامد وأتباعُه، وجزم به المُزَجَّد، وأفتى به ابن عَبْسِين، ومَنَعه خلْق، ولا بدَّ من اتصالهما فلو قال: زوَّجتُكَها فاستوصِ بها، فقبل: لم يصحَّ، بخلاف: زوَّجْتكها فاقبلْ، أو: قل: قَبِلت، لأنه من مصالحه، ومِنْ تأخرِ القبولِ تمام الإيجاب ومتعلَّقاته إنْ قدَّم: كزوَّجْتُكها بألفٍ كذا مؤجَّل بكذا، بشرطِ أن يضمنَ به أبوك: فيقبلُ بعد كلٍّ ذلك، ولا يصحُّ وسَط، كذا في «العُبَاب» وقياسُه مجيءُ حكمِه في تقديم القبول؛ وكذا يُشترطُ للزوم المسمَّى ذِكْرُه من الشِّقَيْن، وإلا وَقَع بمهر المثل، ولو أوجبَ بمعيَّنٍ فقبِل الزوجُ بدونه، أو بمجهولٍ، أو بنفي المهر: ففي «الأنوار»: يصحُّ بمهر المثل، وفيه نظر، وجزم في «زيادات» العبَّادي ببطلانِ النكاح في

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: إن توسط».

بعضها؛ ويُشترطُ أن لا يُؤَقَّتَ، فلو قال: زوجتكها ألفَ سنة، أو مدةَ عُمُرك: فأرجحُ الاحتمالين عدمُ الصحة، كما في «إيضاح» الناشري وغيره، ولو قال: جوَّزتُكها ـ بتقديم الجيم على الزاي ـ فقد نقل الإمامُ الـوليُّ محمد بن أحمد بن أبي الحب الحضرمي التَّريميُّ في كتابه «شرح حديث أمِّ زَرْع» أنها لغةٌ لبعض العرب، فإنْ صحَّ نقلُه مطَّرداً ـ وكفى بحاكيه في أصله ثقةً ـ فلا أقلَّ من كونه كالعجمية، فيصحُّ بـه على الأصح، وإلا فإنْ لم يُحْسِنْ لفظَ التزويج صحَّ كالأخرس، وإلا فلا، فلو قَلَبَ الجيم زاياً: زوزتك ـ لكونه عُرْفَهم ـ صحَّ إن لم يُحسنْ لفظَ التزويج والإنكاح، قال ابن حجر الثاني: وكذا إنْ أَحْسَنَه على المتَّجه، إذْ لا يُخلُّ بالمعنى، فهو كزوجتُ إليك، قال: وكذا مَنْ عُرْفُهم قَلْبُ الكافِ همزةً، وأفتى أبو الحسن البكري بالمنعِ في الثـنتين، قال: لأن لفظَهما تعبُّديٌّ فلا يُعتدُّ بغيره، أقول: وهو أقرب، ومثلُهما من يقلِبُ الجيم قافاً.

ويكفي: زوجتُك بنتي، إنْ لم يكنْ له غيرُها، أو نَوَياها، وكذا: فاطمة، إن نَوَياها، وبنتي الكبرى فلانة ـ وسماها باسمِ غيرِهـا ـ، وكذا بنتي فلانة ـ ونَوَيا أخرى غيرَ المسمَّاة، واستُشْكِلَ ذلك، بأن الشهود لا يطَّلعون على النية، وأُجيب باغتفارِ ذلك في الزَّوجين إذِ المرادُ في عينهما إلى الاعتقاد، ولذلك له وطءُ من زُفَّت إليه واعتَقَدَها زوجتَه، والشهودُ شرطُهم وقوفُهم على عقدٍ منتظم وقد وُجِد، وما تضمَّنه من زيادةٍ تُفْهِم غيرَ ما نَوَياه: ساقطٌ بنيتهما غيرَه، فلو قال: زوجتـك بنتي الصغيرةَ الطويلةَ، وكانت الطويلةُ الكبرى، ولم ينويا شيئاً ـ بَطَل، لتنافي الوصفين اللازمين، وليس أحدُهما أولى، والظاهرُ مجيءُ ما سَبَق لو نويا معيَّنةً، وحيثُ اختلفتْ نيتُهما بَطَلَ، إلا إن انتظمَ اللفظُ، فيُعْمَلُ بنيةٍ موافقة، ولو قال: زوجتُك ذا الغلامَ، أو هذه ـ ووصفَها بغير وصفها ـ صحَّ للإشارة،

وكذا: التي في الدار ـ وليس فيها غيرها ـ ومثلُها في كلِّ ذلك إذْنُها في التزويج لمن سمَّتْه بغير اسمه، كما نُصَّ عليه في البُوَيطي في الإشارة؛ ولو زوَّج وكيلُ شخصٍ فقال: زوجتُك فلانةً ـ ولم يذكر الموكل ـ فقَبِلَ: وقَعَ له وإنْ غلطاً، قال جماعةٌ من أهل اليمن: وذلك حيثُ لم تكنْ نيةُ العاقدَيْن به الموكِّلَ ولم يعتقداه له، فلو ظَنَّا وقوعَه له واقتصرا على ما ذُكِرَ لجهلهما: لم يصحَّ، وأجاب بعضهم بكونه للقابِل مطلقاً.

ولا بدَّ من علمِ حِلِّ كلٍّ من الزوجين للآخَر ظاهراً، فلو تزوَّج خنثى لم تصحَّ، وإنْ بانَ مقتضيَ الصحة، وكذا مزوَّجةٌ ومعتدَّةٌ قبل العلم بزوال ذلك، ولا نَظَرَ في الصحة لريبةٍ تُوقِعُ ظناً، كأن يظنَّ المتزوِّجان أن بينهما مَحْرَمَيةً ولا يعرفان له أصلاً يُعتمد عليه، أو تَنقضيَ العِدَّةُ ثم ترتابَ، وإنْ كان الوَرَعُ تركَه.

قال الفقيهان الإمامان محمد بن أحمد بافضل وشيخنا عبدالله بافضل: ولا بدَّ من علمِ الزوجين بوجهِ صحةِ العقدِ، ولو برجوعهما لمن يعرفُه حينئذ، فلو عقد جاهلان لم يصحَّ، وإن وافق شروطَ الصحة، قال القاضي ابن عَبْسِين: ومعتقَدي صحتُه إن وافقه، أقول: وهو معتقدي، كما هو ظاهرُ إطلاقِ الأئمة، وصرَّحوا به في نكاح المزوَّجة في رِيبةٍ بعد العدَّة، وزوجة المفقود إذا بانَ خُلُوُّ المانع، وإليه يُشير كلام الإسنوي وزكريا في مسائل، قال زكريا: وإنما مَنَعْناه في تزويجِ الخنثى لأنه لا يمكنُ نكاحُه في ذلك الوقت لأحدٍ بحال، وأن الزوجيْن الركنُ المقصودُ بالنكاح، فلم يَلِقْ فيه التوقُّف، ولذلك لو شهد عليه خُنْثَيان فبانا رجلين: صحَّ، وكذا لو وَلِيَه خنثى فبان رجلاً، ذكره ابن المسلَّم وقُرِّر، وفي «الروضة» في النكاح ما يُؤْخذ منه اشتراطُه في حلِّ الزوجة، قال موسى بن الزين: وأصلُه الاختلافُ في بيعِ مالِ مورِّثه الميت ظاناً

حياتَه، فيؤخذُ من «المجموع» الصحةُ إلا في جهلِ عينِ الزوجة، وكذا في تماثُلِ الرِّبَوِيَّيْن، كما نصُّوا عليه، لأن الأصل في الاثنين المنعُ حتى يُتَيَقَّنَ انتفاءُ المانع، ولاختصاصهما بمزيدِ الاحتياطِ، لئلا يقعَ في بُضْعٍ حرامٍ، وفي الزنا، على أن الرُّوْيانيَّ قد صرَّح في تبيين حِلِّ الزوجةِ بالصحة.

ولا بدَّ من شهودٍ عدلَيْن، ولو أَخَوَين والعاقدُ أخٌ آخَرُ، وأباً في عقدِ بنتِه الكافرةِ، على الأصح، وسيدِ العبدِ، ووليِّ سفيهٍ عَقَد بنفسه، لا الوليِّ مع وكيله، ولا أخرسَ، ويكفي بمستورَيْن وإنْ كان العاقدُ الحاكمَ، كما اقتضاه تصحيحُ المُتَوَلِّي وعمومُ كلام غيره وجزم به في «الأنوار»، ولأن ما صحَّ في نفسه لا يختلِفُ بوجودِ الحاكم وعدمِه، وجزم ابنُ الصلاح في «فتاويه» والنووي في «نكته» باشتراطِ معرفةِ العدالةِ عنده، واختاره السُّبْكي وغيرُه، ويبطُل السِّتر بإخبارِ عدلٍ بفسقِه قبلَ العقد، ولا يكفي بمجهولِ البلوغِ، قال ابن العِماد: ولا بجنِّيَّيْن[1]، لأنه قد يُراد إثباتُه فلا يَجدُهما، ولا يضرُّ قولُ الوليِّ في فسقه، وكذا سيِّدِ الأَمَة، كما في «التدريب» وكذا الأمة في حقِّ سيدها، كما بحثه الأذرعي، ولا يكفي مجردُ توبتِه إلا بعد الاستبراء، وتُسَنُّ التوبةُ عنده، وحيثُ اعترفَ به الزوجان بانَ فسادُه، إلا أن يكون قد طلَّقها ثلاثاً فلا يقبلُ في حقِّ الله تعالى، فلا ينكحُها إلا بعد التحليل، وكذا لا تُقْبلُ بيِّنةٌ أقاماها لذلك، بخلاف ما لو قامتْ حِسبةً، كما ذكره البغوي في «تعليقه».

ثم الإشهادُ على تسمية المرأة أو وصفُها بما يميِّزها أو نَظَرُها، فلو

---

(١) كتب على الحاشية: ولا يخنثيين. ولم يشر إلى أن هذا في نسخة أخرى، أو أي معتمد، والتعليل المذكور: «فلا يجدهما» يؤيد أن المراد جنيٌّ لا خنثى.

زوَّج مُنْتَقِبَةً: فقال المُتَولِّي ـ وبه أَخَذ ابن [قاضي] شُهْبَة في «شرحه للمنهاج» ـ : لا يجوزُ إلا أن يَعْرِفها الشاهدان حين العقد، لا بعدَه، كالشهادة عند الحاكم، ولابن ظَهِيرةَ عن الأَذْرَعيِّ قريبٌ منه، وعن ابن السَّبتي جوازُ ذلك، وفائدته: إمكانُ الثبوتِ به لو اختلفا في ذلك المجلسِ ، وهو ظاهرُ إطلاقِ كثيرين.

أقول: ويؤيِّده قولُ الأئمة لو قال: زوَّجتُك التي في الدار ـ وليس فيها غيرُها ـ كَفَى، ولم يَشْتَرطوا كونَ الشهود يعرفون عينها، وبه جَزَم في «العُبَاب» واشترط المُتَوَلِّي علمَ الشاهدين بمعنى لفظ العقد، وسكت عليه الزركشي.

ولا يجبُ الإشهاد على إذْنِ المرأةِ حيثُ عَلِمه العاقدان، ولو بغيرهما، لكنه سنةٌ وإن كان العاقدُ الحاكمَ وصدَّق المُخْبِر، كما شمله كلامهم، وبه أفتى القاضي، والبغوي، وقال ابن عبد السلام، والبُلْقيني: يشترطُ فيه ثبوتُ إذْنها عنده، وهو مبنيٌّ على أن تصرُّفَه حكمٌ، وقد اضطرب فيه كلام الشيخين، وصحح السبكيُّ ـ وِفاقاً لأبي الطيب ـ أنه ليس بحكمٍ ، وعليه العمل، قال القَموليُّ: وعلى اشتراطه: لا بدَّ من تقدُّمِ دعوى الزوج به، ومطالبةِ الحاكم بالتزويج، قال الأذرعي: وهو قياسٌ، والعمل على خلافه.

ولا نكاح إلا بوليٍّ، فلو أَذِن لها أن تُوَكِّل عنه أو أَطْلَقَ فوكَّلتْ: جازَ، لا عَنْ نفسها، وإذا عُدِمَ هو ووكيلُه ـ كما في «المهذَّب» في باب الوديعة، ورجَّحوه ـ : فالحاكمُ، فإن عُدِم الحاكم جاز أنْ تُوَلِّيَ عدلاً يَلي نكاحَها، على المختار، فإن وُجِد الحاكمُ وكان لها وليٌّ خاصٌّ غائبٌ، ناب عنه الحاكم، أوْ لا فكذلك؛ ويجوزُ التحكيمُ منها في التزويج ولو مع وجوده،

بناءً على جوازه، كما قاله زكريا كالإسنوي وغيره، وقال الأذرعي: والمختارُ دليلاً القطعُ بمنْعه مع وجود حاكم قريب لا يُعْجَزُ عنه، ويكفي قولُه لها: حكِّميني في تزويجك بهذا، وإجابتُها أو سكوتُها إن كانتْ بِكْراً، وظاهرُ كلامهم الاكتفاءُ بالعدْل فيه مع وجود المجتهد، والقياسُ ـ كما قال زكريا ـ : خلافُه، وقال أبو زرعة: ما ذكروه من كفايةِ عدلٍ غيرِ مجتهد مختَصٌّ بالسفرِ، وعدمِ القاضي، واعتمده ابن أبي شريف.

ويصحُّ إقرارُها بنكاح وصَفَتْه بوليٍّ وشاهدَيْ عَدْلٍ، ورضاها إن اعتُبر، لا مطلقاً، فإن كانتْ ـ أو الزوجُ ـ رقيقاً: شُرِطَ تصديقُ السيد، ذكره زكريا، فإن كان غيرَ كُفْءٍ وكذَّبها الوليُّ لم يُؤثِّر عند البغوي، وظاهرُ «العُباب» الجزمُ به، ويؤثِّر عند الغزالي، واختاره الأذرعيُّ وابن أبي شريف، وجزم به في نسخةٍ من «الروض» وصرَّح فيه بعدُ وفي «شرحه» بما يقتضي الأولَ، وأن الوليَّ لا يُصدَّق في نفيه، وهو ما في «الروضة»، قال زكريا: فإن أقرَّتْ بنكاحه في جوابِ دعواه إياه: لم يُحْتَجْ لتفصيلٍ، وثَبَتَ أي: أصلُ الإقرار، ويأتي في غير الكُفء ما سبق، ويصحُّ إقرارُ لِمُجْبِرْ به لكُفءٍ وبعدلَيْن ـ كما مرَّ ـ وإن أنكرت، فإن أقرَّتْ معه لآخر: فخلاف، قال الزركشيُّ: والصوابُ تقديمُ السابق، فإن وَقَعا معاً قُدِّمت لأنه حقُّها، وإن جُهِل فاحتمالان في «المطلب» ونَقَل في «الأنوار» ترجيحَ تساقطِهما عن «التخليص»[1] وبه جزم في «العُبَاب» حتى في عِلْم المعيَّة.

وحيثُ ادَّعى زوجيَّتَها فقالت: عقدي بلا وليٍّ وشهود: فنقل ابن

(١) وفي الحاشية: عن الملخَّص».

الرِّفعة عن «الذخائر»: أن القولَ قولُها، لأنه إنكارٌ لأصلِ العقد، قال الزركشي: وهو ما نَصَّ عليه في «الأم» قال أبو شُكَيل: ويُقْبَل إقرارُ الأبِ والجدِّ بتزويجِ الصبيِّ والمجنون، لقدرتهما على الإنشاء، والسيِّدِ بنكاح عبده فيما يتعلق بالمال، لا الاستمتاع، وإقرارُ الزوجِ بزوجيَّتها كإقرارها في اشتراط التفصيل، على ما ذُكر، كما قاله الجلال البُلْقيني، وقرَّره موسى بن الزين قال: فلو أَقرَّ بطلاقها ثلاثاً، ثم بزوجيتها قَبْلَ إمكانِ تحليلها: لم يُقْبَل الثاني، وكذا إن أمكنَ ولم يذكُرْ تجديدَ نكاحٍ وسَبَق نكاحُ محلِّل وَطِـىءَ فيه، ولا بدَّ من ذكر ذلك في دعواها وإن قبِلْنا الإقرارَ المطلق، لأنه بعد ثبوتِ الثلاث وقوعٌ في الشك، وقد أطلق المُزَجَّدُ صحةَ الإقرار الثاني إذا أمكن حِلُّها، أي: لأن قولَها فيه مقبولٌ وأَقرَّ هو بما يحتملُه، فخالفه موسى بن الزين بما ذكرنا.

## ٨٩٩ ـ مسألـة

إذا كان الأبُ عدوّاً لها عداوةً ظاهرة، أي: بحيثُ ينفِرُ طبعُه عنها نفرةً تمنع شهادته عليها ـ قاله موسى بن الزين، ونحوه للأذرعي ـ: لم يزوِّجها إلا بإذنها نُطْقاً، نقلاه عن ابن كَجٍّ، وبه أَخَذَ من بعدهما، وعن الماوردي والرُّوْياني الجوازُ، وحمله زكريا على عداوةٍ غيرِ ظاهرة، وكذا عداوةُ وكيلِه كعداوتِه، ذكره ابن الزين عن «خصال» ابن الخفاف وأقرَّه، قال أبو زرعة: ولا يزوِّجُها جبراً بعدوٍّ لها، يعني: وإن لم تكن ظاهرةً، بخلافها في الأب، لأن شفقتَه الأصليةَ تمنعُ تزويجَها ممن لاحظَّ فيه.

ويكرهُ تزويجُها بمن تكرهُ، نُصَّ عليه، ولا يزوِّجُها بدون مهرِ مثلها، وكذا بغيرِ نقدِ بلدِها إن كانت مكلفةً إلا بإذنها، والظاهرُ ـ كما قال بن أبي شريف ـ أن ذلك للزومِ المسمَّى، لا لصحة النكاح، أي: فإن لم تأذنْ

فيه صحَّ بمهرِ المثلِ، كما عُرِف في أمثالها، ويجري ذلك في غير المُجْبَر، ويجوز تزويجه للصبية والمجنونة بمهرٍ من غيرِ نقدِ البلد، كبيعه ما لَهما، وكذا بمؤجَّل اعْتِيدَ، أو لمصلحة.

ويكفي في الإذن: الوكالة، وقولُها: رضيتُ بمن يَرْضَى به، أو بما يفعلُه أبي، أو بمن رضيتْ به أمي ـ وهم في ذكر النكاح ـ لا: رضيتُ إنْ رضيتْ أمي، أو: بما تفعلُه، وكذا يكفي: أذنتُ لكَ أن تأذنَ لِوَلِيِّي، وأذن له، وأذنتُ لوليِّي أن يَعْقِد بي وإن لم تذكر نكاحاً، كما أفاده القاضي إبراهيم بن ظَهيرة، وشيخُنا الفقيه عبدالله بافضل، قال شيخنا: فلو قالتْ: أذنتُ له أن يجوِّزني، فالظاهرُ الاكتفاءُ به إن عَجَزَت عن لفظ التزويج، كإشارة الخَرْساء إلا أن الاحتياطَ تَلَفُّظها بالإنكاح، أو العقد، أو بقوله: أَذنتِ لي أن أزوِّجَكِ؟ ونحوه، فتقول: نعم، ولا يضرُّ تأخيرُها جوابَ الاستئذان، لغلبة الحياء، أو مع تصريحٍ بالإذن، كما نقله شيخنا الفقيه محمد بن عبد الرحمن الأَسْقَع عن عز الدين بن عبد السلام، ولا بدَّ من بقائها أهلاً للإذن حتى تنكح، فلو أَذنتْ ثم أُغْميَ عليها قبله بَطَلَ الإذن.

ويقبلُ قولُها في دعوى الثُّيُوبةِ ما لم تُزَوَّج، فلا تزوَّجُ بغير إذنها نُطْقاً، ولا يُسألُ عن سببها، قال موسى بن الزين في «فتاويه»: وكذا مَنْ ظاهرُها البَكارة بالأصل لو زُوِّجت إجباراً وقال زوجها: وجدتُها ثيِّباً: لم يؤثِّر، لاحتمالِ زوالِها بغير وطءٍ، فإنْ أقرَّ بأنه بوطءٍ قبلَ العقدِ: فُرِّق بينهما، وعليه المسمَّى أو نصفُه، أقول: وله تحليفُها بعدمه إن شاء، ويثبتُ حكمُها بوطءِ قردٍ، صرَّح به الأذرعي وغيره.

ومَنْ له قرابةٌ زائدةٌ أولى ممن ليستْ له ممن هو في درجته، سواءٌ أفادت زيادةً في الإرث ـ كابن هو ابنُ ابنِ عمِّها ـ على أخٍ له من أبيه،

وعلى ابن عمٍّ له، وإن كان أبوه عمّاً لأبوين دون ابن الابن ـ، أم لم تُفِدْ ـ كأخيها لأمِّها ابنِ المعتِق، أو ابنِ العمِّ على مثلِه من غير أخوة ـ، والمعتِقانِ يشترِكان في الولاية، فإنْ ماتَ أحدهُما قام وارثُه مَقامه، أو غابَ: فالحاكم، وكلٌّ واحدٍ من عصبة المستَوين كافٍ عن الآخَرين في تزويج الكُفْءِ، وسبَق في الفرائض شيءٌ من ذلك، وحيث كان بالمعتِقَ مانعٌ كَأَنْ جُنَّ أو خالفَ دينُه دينَ العتيق: فكلامُ الشيخين يقتضي أن يزوِّج عتيقتَه مَنْ له الوَلاء بعده كما قالا في الوصايا: إذا قَتَل عتيقُ الكافرِ المسلمَ وَرِثَه عصباتُه المسلمون، وأطلقا أن الوليَّ إذا قام به مانعٌ: زَوَّج من يَليه، لكن قال القاضي: إن عَتيقَ الكافرِ لو كان مسلماً ومات في حياة المعتِق، وله أبنٌ مسلمٌ: لا يَرِثُه، قال: ولا يرثُ الابنُ عتيقَ أبيه إذا قتَلَه الأب، وقال أيضاً بمثله في انتقال الوَلاء، وكذا عن القفَّال، ونَقَلوا عن النصِّ في معتِقٍ مات وله أبٌ وابنٌ صغيرٌ: أن الحاكم يزوِّج عتيقَه دون الجدِّ، وكذا نقل ابنُ الرِّفْعة النصَّ في معتِق مات عن أخٍ وابنٍ صغيرٍ، وهو مثلُهما بالأولى.

فالحاصل: أن ظاهرَ كلامِ الشيخين أنه يزوِّج الأخُ، وهو مقتضى كلام الجمهور بترجيح عدمِ وِلايةِ الصبيِّ، وبه صرَّح العمرانيُّ في المسألة وقال: هو مقتضى المذهب، وقال أبو مَخْرَمة: فهو الراجح عندي مَذْهَباً، وكذا صحَّحه زكريا، وجزما فيه، ومال الأذرعيُّ إلى أن الأبعدَ لا يزوِّج مع وجود الأقرب، وهو المنصوصُ كما رأيتَ، والأقيسُ كما قال أبو مخرمة، وهو قول القفَّال، والقاضي، والبغوي، واعتمده ابنُ الرِّفعة، وابنُ النقيب، وابنُ أبي شريف في «شرحه» والفقيه محمد بافضل في «مختصره»، وجَرَى البُلْقيني في «التدريب» و«حواشي الروضة» على ترجيحِ ثبوتِ ولايةِ الأبعدِ مع وجود أقربَ قامَ به مانعٌ، ونقله القَموليُّ عن

العراقيين، قال موسى بن الزين: وهو الأوجه؛ ويزوِّج عتيقةَ المرأةِ وليُّ المعتِقة في حياتها إن كان دينُه دينَ العتيقة، وإن لم يكنْ بدينِ العتيقةِ: فإن كان هو والمعتِقةُ كافرَيْن والعتيقةُ مسلمةٌ زوَّجها الحاكم، واختار السُّبْكي لنفسه أن ابنَ المعتَقةِ في حياتها يَلي عتيقَتَها، لتعذُّره منها.

ويَلي القاضي مَنْ لا وليَّ لها، ومَن أراد وليُّها تزوُّجَها، ولو الحاكم، وكذا مَحْجورة في غير بنته، أو غاب مرحلتين، أو لم يُعْلَم أين هو، أو تعذَّر وصولُه لنحوِ حبسٍ أو خوفٍ، أو ثبتَ تَواريه، أو تَعَزُّزُه[1]، أو عَضْله[2] إياها بلا عذرٍ: بأنْ يأمرَه القاضي فلا يُجيبَ، أو إلا برِشْوَةٍ، أو طلبتْ حضورَه فتعزَّزَ أو تَوارى، وأَثْبَتَتْ، كما نقله الرافعي في الإيلاء عن فتوى البغوي، وبَحَثَه هنا، وإذا أُغمي عليه: فالمذهبُ أنه تُنْتَظر إفاقتُه، وعن الإمام اعتبارُه بغَيْبَةِ الصاحي، فإن كان مدةً تُزَوَّج[3] فيها مَوْلِيَّةُ الغائب نابَ عنه القاضي، قال ابن أبي شَريف: وهو متَّجهٌ، والبُلْقيني: هو المعتمد، ويُزوِّج أمةُ كافرٍ أسلمتْ، ومحجورُ بالغٍ بإذنهما، وأمةُ بيتِ المالِ، والمـوقوفة بإذن الموقوف عليه، قال أبو حَميش في «فتاويه»: ولا تُجبر عليه، أي: فلا تُزَوَّج إلا برضاها، وبه جزم زكريا في الوقف من «الأسنى» وابن الوردي في «البهجة» وغيره، ومنع بعضُهم تزويجَ أَمَةِ بيت المال، ونائبُ الحاكمِ مثلُه، فيزوِّجه حيثُ أراد التزوج، وتزويجُه إنما هو في امرأةٍ في محل وِلايته حالَ كونه فيه، وحيثُ صحَّ فهل هو بالوِلاية أو

---

(١) أي: امتناعه من الحضور، كما سيأتي بعد كلمات.

(٢) منعه لها من الزواج.

(٣) على الحاشية: «في نسخة: يزوج». والمعنى: إن كان الإغماء مدةً تُزَوَّج فيه من الغائب مولى عليها. وتقدَّر بمدة سفر قصر الصلاة.

النيابة؟ وجهان، والحقُّ اختلاف ذلك بالمسائل، كما يُعْرفُ بترجيح كلٍّ في بعضها لمعنىً فيه.

ولا عَضْلَ إلا من كُفْءٍ، فإن ادَّعتْ كفاءةَ رجلٍ ليتزوَّجها، فأنكر الوليُّ، رَفَعَتْه إلى القاضي، فإن ثبتتْ كفاءَتُه ألزمه ذلك، فإن أبى زوَّجها هو، وبنى بعضُهم ذلك على اشتراطِ علمِ عدالة الشهود، فإن اكتفينا بالسَّتر ـ وهو الأصح ـ كفى الأخذُ بظاهر الحال، فيزوِّجها ما لم يعلمْ عدمَ الكفاءة وإن لم تثبتْ بها.

ويُقْبَلُ قولُها في خلوِّها عن الموانع، وفي غيبةِ الوليِّ، ويُسَنُّ تحليفُها عليه، وعلى أنها لم تأذنْ لوليِّها، أو لم تعلمْ تزويجَه لها في غَيبته، وإذا ادَّعتْ طلاقَ زوجٍ معيَّنٍ أو موتَه: لم يزوِّجْها حتى تُثْبِتَ، وأثبت[1] الدَّبِيْليُّ قبولَ قولها محمولٌ على غير المعيَّن، قاله السبكي، فإنْ قالت: كان لي زوجٌ في بلد كذا، وقد طلَّقني، أو مات، ولم تذكر عينه، ففي «فتاوى القاضي» ما يُؤخذُ منه أن له تَزويجَها، فلو ادَّعتْ ذلك مع الوليِّ وأنكر: ففيها أن القولَ قولُه، فإن نَكَلَ حُلِّفت ويزوِّجها، فإن أبى زوَّجَها الحاكم، أي: ويكون في حكم العاضل، وكذا أطلق الفقيهان إسماعيلُ الحضرميُّ وابن عجيل قبولَ قولها، ونَقَله في «القواعد» [ابن] الكَيْكَلدي[2] عن بعض أصحابنا وقرَّره، والجمعُ بين الكلِّ ما ذكرنا وهو: عدمُ القبول إلا ببيِّنة إن عُرِفت عينُ الزوج، وقبولُها إن لم يعرف عينُه،

---

(١) كتب على الحاشية: وأطلق. وفي كليهما خلل من حيث الصياغة النحوية، فإما أن يقال: وإثبات، وإما: وإطلاق، لمكان قوله الآتي «محمول» فإنه خبر.

(٢) تقدم برقم ٢٠٨ أنه يريد الإمام صلاح الدين أبا سعيد خليل بن كَيْكَلدي العلائي، الحافظ الأصولي الفقيه، المتوفى سنة ٧٦١، وكتابه المذكور هو «المجموع المُذْهَب في قواعد المَذْهب» وله «الأشباه والنظائر».

والمزوِّجُ القاضي، أو الولي، وصدقُها وإلا فتحلَّف، ولا يزوِّج القاضي، فإن نَكَل حلِّفت وزوَّجها عنه، فلو اتفقتْ مع الوليِّ على موته أو طلاقه جاز أن يزوِّجها، إذْ لا يُحتاج لحكم، وله ذلك إذا صدَّقها، كما أفتى به القاضي واعتمده غير واحد، وفي «الروضة» عن القفال ما يؤخذ ذلك منه وأقرَّه، قال موسى بن الزين: ولابن العماد هنا كلامٌ آخَر لا يُوافَق عليه، قال: وكذا للأب تزويجُ صغيرةٍ بعد طلاقِ زوجٍ ذَكَرَتْ أنه لم يَطَأْها وصدَّقها.

### ٩٠٠ ـ مسألة

قالت لوليِّها: إذا طُلِّقتُ وانقضتْ عِدَّتي فزوِّجْني، وكلَّما أُريد تَزويجي فزوِّجْني، فقد سبق في الوكالة عن «الروضة» ما يقتضي جوازَ ذلك، وبه أجاب الفقيه حسينٌ الأهدل فيمن كانت خَلِيَّة[1] فقالت: كلَّما.. إلى آخره، وأنه يقتضي التكرار، أخذاً مَنْ قولهم: يجوزُ التوكيل في المعدوم تبعاً للموجود، ومنْ جواز إدارة التوكيل لإدارة العزل، وكذا أبو الغيث الكَمَراني، وأبو القاسم ابن مُطَير وقال: ويُجزىءُ في مثله من الإذن في البيع وغيره، ومَنَع ذلك القاضي ابن عبسين.

ولو قالت له: زوِّجْني بمن شئتَ، فله تزويجُها بغير كفءٍ؛ فلو قالت: لا تزوِّجني فلاناً، ثم أَذِنتْ له في التزويج بمن شاء، لم يزوِّجْها بالمنهيِّ عنه، لأنه ـ يخصِّصُ عمومَ الإذن، ذكره الأزرق، عن القلعي، عن الشافعي، وفي «زيادات» العبَّادي ونحوه.

### ٩٠١ ـ مسألة

أَذِنتْ له، ثم عَزَل نفسَه، لم ينعزل كما اقتضاه كلامهم، قاله

(١) الخَلِيَّة: هي المرأة الخالية من موانع الزواج.

الإسنوي، وتَبِعه غيره، قال أبو الغيث الكَمَراني: وذلك بعد قبوله للإذن، فلو ردَّه أو عَضَلَ: فهو إبطالٌ للإذن، فلا يزوِّجُ إلا بإذنٍ آخر، وفيه نظر ظاهر.

## ٩٠٢ ـ مسألة

حيثُ زوَّج الحاكمُ لغَيبةِ الوليِّ ونحوها، وثَمَّ مَنْ يليه في القُرْب سُنَّ له توليتُه، أو استئذانُه في ذلك بعد إذْنها له، فراراً من الخلاف، أو تبيُّن البطلان لو بان موتُ الأقرب، وحيثُ كان لها قرابةٌ ولا يُعرفُ أيُّهم أقربُ إليها: فأفتى جمعٌ من أهل اليمن أن نكاحَها يليه الحاكمُ، فلو أَذِنت لوليِّها مُجْملاً، فزوَّجها أحدُهم بإذن الباقين كلِّهم، والحالُ أنه لا يُعْرَفَ من تلك القبيلة غائبٌ عند من يختبرهم، فالظاهرُ الصحةُ، والاستظهارُ باجتماعهم مع الحاكم أولى.

## ٩٠٣ ـ مسألة

لا يشترطُ أن يَعلَم الوليُّ وجهَ وِلايته، فلو زوَّج امرأةً بإذنها يظنُّها بنتَه، فبانتْ بنتَ عمِّه، أو عتيقتَه، أو تحتَ حكمه: جاز، وكذا لو أَذِنت لوليِّها من غيرِ تعيينٍ، فزوَّجها مَنْ له ولايتُها: صحَّ، فلو كانوا جماعةً في درجةٍ، فزوَّجها أحدُهم فالظاهرُ الصحةُ، كما يصحُّ بذلك في قولها: رضيتُ بفلانٍ زوجاً، أو أن أزوَّج، أو لأحدِ أوليائي، أو مناصبِ القاضي، ولكلٍّ تزويجُها وإنْ عيَّنتْ أحدَهم بعدُ.

## ٩٠٤ ـ مسألة

شرطُ الوليِّ: الرُّشْدُ والعدالةُ، فلا يَلي فاسقٌ، قال البُلْقيني: إلا عند عموم البَلْوَى به، فإن تابَ: وُلِّيَ في الحال عند القاضي، والبغوي،

والمُتَوَلِّي، قال ابن الصلاح: ولا بأس به، وجَزَم به المُزَجَّد فينبغي الاعتناء باستتابته عند العقد، والأقيسُ عند الشيخين اعتبارُ مدَّة الاستبراء، ولنا قولٌ: أنه يلي، وهو مذهبُ مالكٍ وأبي حنيفة، واختاره البغويُّ والرُّوْياني وكثيرون ورجَّحه الغزالي، قال الشيخان: وأفتى به أكثرُ المتأخرين سيَّما الخراسانيين، وقال الغزاليُّ أيضاً: إن كان لو سَلَبْنَاه انتقلتْ إلى حاكمٍ عَدْلٍ: فلا يَلي، أو فاسقٍ فَيَلي، ولا سبيلَ للفتوى بغيره، لعموم الفسق، قال النووي: وهو حسنٌ ينبغي أن يُعْمَلَ به، واختاره ابن الصلاح، وكذا حكى ابن الرِّفْعة قولاً للشافعي بصحته بشهادة فاسقين كما هو مذهب أبي حنيفة، قال بعضهم: فإن صحَّ نقلُه قَوِيَ العملُ به، لأن قَوْلَي الإمام كاختلاف المُفْتين، فيتخيَّر السائلُ فيهما فيما صحَّحه الأصوليون، وقد أجاب بنحوه ابن عبد السلام، ومال إليه الأزرق، وأفتى بصحته حيث تَتَعَسَّر العدالةُ كالبادية، لأن الأمرَ إذا ضاق اتَّسَع، قال أبو شكيل: وهو ما يَلُوح للناظر عند تحقُّق عدم القدرة على العدول في حالة، كما يجوزُ أكلُ الحرام للحاجة، والنكاحُ يُشْبه الغذاء، لأن به بقاءَ الدنيا.

## ٩٠٥ ـ مسألة

حيثُ وقعَ قبولُ النكاحِ من وكيلٍ: اشتُرِطَ التصريحُ بالموكِّل حالَ العقد من الجانبين، فيقولُ المُوجِبُ: زوَّجتُ موكِّلَكَ، ولا يقول: زوجتُكَ له[1]، ويقول القابل: قبلتُ نكاحَها له، فإن تَرَكا شيئاً من ذلك لم يصحَّ، ولا بدَّ من عِلْم العاقدَيْن والشاهدَيْن بالوكالة معه ولو بإخبارِ

(١) الجار والمجرور متعلقان بـ «يقول» أي: ولا يقول له: زوَّجتك.

الوكيل، ولا يُشتَرَطُ التصريح بالوكالة في لفظه، ولا يوكِّل غيرُ المجبرِ مَنْ يتولَّاه حتى تأذنَ له، إلا أن يكون حاكماً، فيكونُ كالاستخلاف، فيزوِّجُها الوكيلُ إذا أذنتْ له، ولو قالت: وكِّلْ بتزويجي: صحَّ، وله تزويجُها بنفسه، كعكسه، لا إنْ نَهَتْه فيه عن التوكيل، ولا يزوِّجُ عند الإطلاق إلا بكُفْءٍ، ولا بكفءٍ وثَمَّ طالبٌ أَكْفَأُ منه، ولا بمهرِ مثلٍ وثَمَّ من يبذُل أكثرَ، بخلاف الوليِّ فيهما، وإذا قال: زوِّجْها فلاناً، فله تزويجُ وكيله له، بخلاف البيع، فلو قال الوليُّ: زوِّجْها بشرطِ أن يَضْمَنَ أو يَرْهَنَ بالمهر: لم يصحَّ إلا معِ ذلك، فلو قال: زوِّجْها، ولا تزوِّجْها حتى يضمنَ به فلان: صحَّ بلا ضمانه، لأن ضمانَه قَبْلَه كلا شيءَ، وقد صحَّت الوكالة بقوله: زوِّجها. كذا قاله القاضي، وقال البغوي: إنه لا يصحُّ، لأنه كالتعليق به ولم يقع، كقوله: إنْ بعتُ الخمرَ فأنتِ طالق، فلا تطلُق وإن باعه، لعدمِ صحةِ ما علَّق به، قال الغزِّي: وهو متَّجهٌ، وسيأتي - في الطلاق في قوله: إن بعتُ الخمرَ فأنتِ طالق - ما يخالفُه، وقرَّر زكريا الصحةَ، ولو قال: زوِّجْها وخُذْ به رهناً، فلم يأخذ: صحَّ إذا لم يذكُره شرطاً، ولو قال: زوِّجْها بشرط أن يحلِفَ بطلاقها بعد النكاح أن لا يشربَ الخمر: صح إنِ امتثَلَ، وإن قال: لا تزوِّجْها حتى يحلِفَ به: لم يصحَّ، لعدم صحته، قاله البغوي، أظنُّ وهو بناءٌ على طريقته في الأُولى، وحيثُ وكَّله بالعقد بعوضٍ فاسدٍ أو بشرطٍ فاسدٍ فزوَّج كذلك، أو بمهر المِثْل: صحَّ ولزمَ مهرُ المِثْل.

### ٩٠٦ - مسألـة

قالت لابن عمها: زوِّجْني من نفسك: قال بعضهم: فهو إذْنٌ أن يزوِّجَها الحاكمُ منه، وصحَّحه النووي، لأنه المقصور، والمعتبرُ ظهورُ

طَلَبها له، ومَنَعه البغوي، وصحَّحه جماعةٌ لفساد الصيغة.

## ٩٠٧ ـ مسألـة

قوله: تزوَّجْ لي فلانةً بثوبكِ: كقوله: اشترِ لي به كذا، وسَبَق في الوكالة.

## ٩٠٨ ـ مسألـة

قال الماورديُّ: كان ضَرْبُ الدُّفِّ في النكاح مستحباً في العصر الأول، وأما الآن فمباح، واستحبَّه بعضُ أصحابنا مطلقاً، وبعضُهم في بلدٍ لا يُنْكره أهلُه، ويكرهُ في غيره، وفي زمننا لأنه عُدِلَ به إلى السُّخْف انتهى. أقول: فالأعدلُ تخصيصُ الكراهةِ بوجود السُّخْف، لأن ما كان مطلوباً في الأصل فتغيَّر طلبُه لعارضٍ: اختصَّ تغيُّر حكمه بوجودِ ذلك العارضِ، ويبقى طلبُه مع عدمه، كما عرف في كثير من الأحكام إلا أن يَرَى إمامٌ تركَه لمصلحـة كلية.

## فصــل في الكفاءة

الاعتبار في النَّسَب بالأب، فمن أُمُّه رِقٌّ: كُفْءٌ لبنتِ الحرَّة، وتعتبَر فضيلتُه بالآباء نَسَباً وسيرةً وحِرْفةً، فالفضلُ بالقرشية، ثم العربية واضح، وبالسيرةِ: كالنبُّوة، والعِلْم مع عدم الفسقِ ـ كما قال الأذرعي ـ والوَلايةِ المشهورة، والأَمارة العادلة، فالنبوَّة لا يُساويها شيءٌ سواها، والأخيرات متساوية، بخلاف وُلاة الظُّلم؛ والحِرْفةُ معتبرةٌ في الزوج وآبائه، وعِلْمُ المرأةِ غيرُ معتبَر، إذْ لا تفتخرُ به بحيثُ تتعيَّر بجاهلٍ مثلِها في النسب، كما رجَّحه النووي ومال إليه الرافعي، والمعتمد أن حفظَ القرآن بمجرَّده

لا يُقَاوِمُ العلمَ، وأفتى موسى بن الزين والمُزَجَّد والقماط بأنه لا تزيد به كفـاءةً، بل الأميُّ كفـءٌ لبنتِ الحـافظ، وخالفهم ابن عبـد السـلام الناشِري، والرِّقُّ وأَثَرُه معتبَرٌ فيهما، وقُرْبه مؤثِّر أيضاً، بخلافه في شَرَف الدين، فمنْ أصلُه القديمُ عالمٌ: كفـءٌ لبنتِ العالمِ القريبِ، وعكسُه، كما فهمتُه من كلامهم وفعلهم، ولا شكَّ فيه.

وعيوبُ النكاحِ معتبرةٌ في الزوجين فقط، والعفَّةُ معتبرة فيهما، وأما في آبائهما فقد أطلقا اعتبارها، وخالفهما غيرهما، والظاهرُ اعتبارُ ما يَظْهَر التَّعْييرُ به، كنقصِ ابنِ المكَّاس، ومُدْمِنِ الخمر، والقَوَّاد القريب الذي يظهرُ انتسابُه إليه: دون ما تَبَاعد، وما لا يتعيَّر به الولدُ، ودون الكفرِ الأصليِّ، فإن صاحبه يعتقدُه دِيناً، وبه يظهرُ أن الصحابيَّ الذي أسلم بنفسه كفـءٌ لبنت التابعي، وبه يَندفعُ إشكالُ التعميمِ وإن كان في كلام الشيخين في الكفر ما يخالفه، وقد أطلقَ القاضي أبو الطيِّب أن العبرةَ في خصالِ الكفاءة بالمتناكحيْن فقط، ومن الحِرَف ما يختلفُ باختلاف المكان، فيعتبرُ فيه العرف، كما نقلاه عن «الحِلْية» وسكتا عليه، وفي «البحر» نحوُه، وجزم به الماوردي، وينبغي الأخذُ به كما قال الأذرعي، والأوجهُ عند الزركشي أن المحجور عليه بِسَفَهٍ لا يكافىءُ الرَّشيدة، وسبَقه به ابن الرِّفْعة؛ ومن كان ذا حِرْفة دنيئةٍ فتركها: فأجاب بعضُ الأئمةِ ببقاءِ حكمها، لأن عارَها لا يزَول، وبعضُهم بزواله، كتوبة العاصي، ويُشْبه الرجوع إلى بقاء صفتها، فإن كان ممنْ يَعُدُّها لائقةً به الآن ومن أهل مرتبتها فهو كَهُم، وإلا فلا، أخذاً مما سبق ومن كلام «الحِلْية» وفي البويطي قولٌ أن الكفاءة بالدِّين فقط، وكذا نقله العبَّادي في «طبقاته» وإن كان غريباً، وهو المنقول عن مالك.

## ٩٠٩ ـ مسألـة

إذا كان قريبُها صبياً أو مجنوناً فولايتها للأبعد، فيزوِّجها ولو بغير كُفء، ذكره السُّبْكي وغيره، ولو زوَّجها أحدُ الأولياء المستوين به برضاها ورضا الباقين: صحَّ، أو بدون رضا بعضِهم فباطلٌ، وكذا إذا زوَّج المُجبرِ بغير كفءٍ في صغرها، أو بغير إذنها: فباطلٌ، وفي قولٍ: يصحُّ فيهما، ولهما الخيار، ويكون في الصغيرة إذا بلغتْ، وظاهرُه أنها تُسَلَّم له حتى تختار، وقَطَعَ بكلٍّ من القولين قومٌ، وبالخيارِ مع جهلِ الوليِّ بكفاءته، والبطلانِ مع علمه بعضُهم، واختاره الماورديُّ، والخيارُ مذهب مالكٍ وأحمدَ، كما نقله ابن هُبَيرة، وله تزويجُ ابنه الصغيرِ بمنْ رآه إلا معيبــةً أو أمــةً، وفيــه: بعميــاءَ، أو قَــطْعــاءَ، أو عجــوزٍ، وتــزويــج الصغيرةِ بهرِمٍ، وأعمى، وأقطع: وجهان صحَّـح البُلْقيني وغيرُه في الصغيره البطلانَ، ونقلوه عن نصِّ «الأم» لأنه يزوِّجه بالمَصْلَحة، ولا مَصلحــة فيهن، وقضيــةُ كلام الجمهـورِ في الصغيــرة ـ كمــا قــال زكريا ـ الصحةُ، لأنه يُجبرها بالكفء، وكلٌّ منهما كفء، لكـن قال في «الـروضة» وغيـرها: تجبُ التسـوية بينهمـا، ومثلُه الخَصيُّ والخُنْثى الواضح.

ومثلُ الصغيرةِ الكبيرةُ إذا أطلقتْ الإذن، كذا في «الأسنى» وأجاب به الطنبداوي، وتلميذُه ابن زياد، ورأياه من المجزوم به، وطَرَداه في تزويجها بصغيرٍ لا يتأتَّى وطؤهُ، لأنه لا يُحْصنُها ولا يُمْكِنها التخلُّص باختيار، وبَنَيا ذلك على أن على الولي أمراً زائداً وهو مراعاة الحظ والمصلحة، كما نصَّ عليه في «الأم» واعتمده الأذرعي والزركشي، وبحثَ الأذرعيُّ ـ بناءً عليه ـ مَنْعَه من تزويج الصغيرة من مُفرِط القصر، ولأن الوليَّ ـ مع عدم التعيين المعتبر ـ كالوكيل يُراعي الغرضَ بالقرينة،

كما قالوا، لا يَشتِري الجَمْدَ[1] في الصيف لمن وكَّله في الشتاء، وأشياء غير ذلك، وصنَّفَ فيه ابنُ زياد تصنيفةً طوَّل فيها وأجاد، ولو زوَّجها بمعسِر: فقد نَقَل الشيخان قُبَيل الصَّداق عن القاضي حسين بطلانَه، وأقرَّاه، وبناه الزركشيُّ على أن اليسارَ من خِصال الكفاءة، وهو مرجوحٌ أي: فالأرجح الصحة، قال ابن أبي شريف: ولعلّه أن إثباتَ الخيار بالإعسار ينافي إجبارَها عليه، فيكون البطلان ظاهراً، وحيثُ صحِّح فليس للوليِّ تسليمُها قَبْل قبض المهر إن كان المصلحةُ ذلك، فإن سلَّم الصغيرةَ حينئذ: فلها الفسخُ إذا بَلَغَتْ ولم تُسَلِّم نفسَها بعده وإن كان قد دَخَل بها، جَزَم به موسى بن الزين في «فتاويه».

## ٩١٠ ـ مسألـة

يزوِّج الأمةَ سيدُها وإن كان مسلماً لكافرةٍ ومُبَعَّضاً، كما صحَّحه الأَذْرَعي، والبُلْقيني، والأَفقَهي، وجزم به في «العُبَاب» وغيره، ومكاتَباً بإذن سيده، لأنهم يزوِّجونه بالمِلْك لا بالوِلاية، على الأصح، فَمَنْعُ البَغَويِّ تزويجَ المُبَعَّض بناءً على الوِلاية، كما في «العُبَاب» وله ـ لا لوليِّه ووكيلِه المطلَق، ـ كما في «الأسنى» ـ تزويجُها بدَنيءِ النسب وإن كانتْ شريفةً بعبدٍ عجميٍّ، لا بعيبٍ ومن لا يُكافِئها في عفَّةٍ وحِرْفة، وله بيعُها من المَعِيب، ويلزمُها تمكينُه، ويزوِّجُ المبعَّضة سيدُها مع وليِّها لو كانت حرةً، والعبدُ يتزوَّج بإذن سيده، ولو قال له: كلَّما أردتَ التزويجَ ففلانٌ وكيلٌ أن يزوِّجَك: قال شيخنا الفقيه أحمد بن شيخنا عبدالله بافضل: فَظَهر لي أنه إذنٌ صحيح، ويكون كَهُوَ من المرأةِ لوليِّها، لكن يتولاَّه الوكيلُ هنا بإذن العبد، ولا يجوزُ عكسُه، اقتصاراً على محلِّ الإذنِ، كما

(١) هو الجليد (الثلج).

لا يوكِّلُ الوكيلُ وكيلاً بلا إذنٍ، وأفتى ابنُ عجيل: يجوزُ اعتمادُ قولِ العبدِ: إنه أَذِنَ لي، إنْ صدَّقه الوليُّ، قال: ومَنْعُهم ذلك في البيع حيثُ لم يُصَدَّق وسَبَق ثَمَّ بزيادة، وحيثُ لم يأذنْ له السيدُ فَرَفَعَهُ إلى حاكم يَرَى إجبارَه فأَذِن له، فنكح: صحَّ جزماً، قاله الأذرعي.

## ٩١١ ـ مسألة

يزوِّجُ السفيهَ الأبُ، فأبوه بإذنه، ثم وصيُّه، إن بلغَ سفيهاً، كما نقله ابن الرِّفْعة عن النصِّ، ونقله البُلْقينيُّ عن الشيخ أبي حامد وغيره، وصوَّبه الزركشي، وهو ما في «العزيز» في الوصايا، وحَذَفه في «الروضة» وصحَّح هنا أنه لا يزوِّجه الوصيُّ بل السلطان، كما جزم به الشيخ أبو محمد، قال زكريا: وبه أفتيتُ تَبَعاً لابن الصلاح، والفُوْرَانيِّ، والغزالي وغيرهم، قال النوويُّ: ولأنه لا يَلِي أمرَ الأطفال، قال الصَّيْدلاني وغيره، ونصَّ الشافعيُّ على المقالتين، وليس باختلاف، بل قولُه في الوصي محمولٌ على من فُوِّضَ إليه التزويج، وفي غيره على وصيٍّ مطلقٍ، وأَمْرُ المحجورِ بسَفَهٍ طارئٍ[1] إلى القاضي، ويتزوَّجُ كلَّ لائقةٍ به بحيثُ لا ينافي مَوْنُها المصلحةَ، وللوليِّ أن يأذنَ له معيَّناً ومطلقاً، ولا يجوزُ إلا مع حاجته الشديدة للنكاح، فإن مَنَعَه حينئذ ورَفَعه إلى الحاكم فأذن له: صحَّ، فإن تعذَّرتْ مراجعتُه فتزوَّجَ بنفسه: فوجهان، وصحَّح ابن الرِّفْعة الصحةَ إن خافَ العَنَتَ.

## ٩١٢ ـ مسألة

إذا طلبتْ مَنْ لا وليَّ لها أن يزوِّجَها الحاكمُ من غير كفءٍ ففعل: لم

(١) في الأصل: طار.

يصحّ، على ما صححه الشيخان، لأنه نائبُ المسلمين، ولا حظَّ لهم فيه، والثاني: يصحُّ، وبه قَطَعَ الشيخ أبو محمد، وصححه خلائق، وفي «الذخائر»: إنه المذهب، ومقابلُه ليس بشيء، قال البُلْقيني: هو الأصحُّ، ومذهبُ أكثر العلماء واختاره الأذرعي، وأفتى ابن الرِّفْعة بأنها إنْ تضرَّرَتْ وقلَّ الراغب فيها من الأكفاء: صحَّ، وإلا فلا، واستحسنه ابن النَّحْويِّ، وشيخنا عبدالله أبو فضل وغيره، قال ابن [قاضي] شُهْبَة: وهو متَّجه، وليست مَنْ وليُّها غائبٌ كذلك، لأن حقَّه في الكفاءة متعيِّن.

نعم لو رضيَ أولياؤها به فزوَّجوه، ثم طلَّقها بائناً، أو فَسَخَ نكاحَه وأرادَ تجديدَه، وقد غاب بعضُهم فزوَّجها به مَنْ حضَر: ففي صحته طريقان، أحدُهما: القطعُ بصحته، والثاني: فيه قولان، قال الإِسْنوي: وغالب مسائلِ الطُّرقِ ترجيحُ ما وَقَع به قَطْعٌ في أحدِها، فيكون هنا الأرجَحُ الجواز، وجزم به صاحب «الروض» لكن صحَّح في «الكافي» عَدَمَه، وجَزَم به في «الأنوار» لأنه عقدٌ جديد.

أما لو زوَّجها وليُّها بغير كفءٍ ففارقَها وغاب الوليُّ، فمقتضى إطلاقهم منعُ تجديدِها به بوِلاية الحكم، لأنه يتصرَّف عن غيره بما لا حظَّ له فيه ولا هو واجبٌ عليه.

## ٩١٣ ـ مسألة

تزوَّجها مَنْ يكافئها، ثم أحدثَ صنعةً تُسْقِطه، فظاهرُ المذهب أنه لا خيارَ لها، وبه صرَّح بعضهم، وذكر صاحب «شرح اللمع» اليمني أن لها الخيارَ في فسخه، وربما فُهِم من «المهذَّب» في فصل عتق الأمة تحت عبد، وقال به الرِّيمي في «التفقيه» كما نقل عنه وقال: لا وجهَ

لخلافه، وقاله الفقيه موسى بن أحمد الوُصَابي، وأبو القاسم ابن مُطَير في ذلك وفي زوالِ كفاءته بفسقٍ حادثٍ.

## فصــل فيمن يَحْرُمُ نكاحُها

### ٩١٤ ـ مسألـة

هل للإنسي أن يتزوَّجَ جنيَّةً؟: نقل ابنُ يونس المُوْصِليُّ عن أبي حامد مَنْعه، ووافقه هو والبارِزيّ، وقال القَمُوليُّ، والعماد ابن يونس «شارح الوجيـز» بجوازه، قال القاضي ابن عبسين: وهو الأصحُّ، وقوله تعالى: ﴿ومِنْ آياتِهِ أَنْ جَعَلَ لكم من أَنْفُسِكُمْ أزواجاً﴾ حجةٌ فيه، لأن الجنَّ في الخطابِ والتكليفِ مثلُنا، ولذلك قال تعالى: ﴿يا مَعْشَرَ الجِنِّ والإِنْسِ أَلَمْ يأْتِكُمْ رُسُلٌ منكم﴾ ومعلومٌ أن الرسُلَ من الإنس، فقولُه: ﴿من أَنْفُسِكم﴾ كقوله: ﴿منكم﴾، وتَرَدَّد فيها أبو شكيل وقال: لعل الراجحَ المنعُ، أما عكسُه فلم أَرَه لأحدٍ، وهو أولى بالمنع، وهو ظاهر كلامِ الجميع.

### ٩١٥ ـ مسألـة

وَلَدَتْ بهيمةٌ صورةَ آدميٍّ، فهو مِلكٌ لمالكها، قال بعض فقهاء اليمن: وحكمُه كالبهائم، وقال الفقيه عبدالله بن صلاح منهم: إن كان آدمياً فله حكمُ الآدمي ولا يُحكَم بملكه، ولا يُلْحَقُ بالأب، وفي كلامه ما يُشْعِرُ بَفْرضِ ذلك في دابَّة عُلِم وطءُ آدميٍّ لها، وكلامُه في تكليفه غيرُ بعيد، لأنه يَتْبَعُ العقلَ، مع أن في ذلك نظراً، إلا أن الظاهرَ كونُه ملكاً لمالكها، وعدمُ لحوق النسب، لكون الوطءِ لا شبهةَ فيه، وفي جوازِ مناكحته نظرٌ أيضاً، احتياطاً للنكاح، والظاهرُ مَنْعُها، كما ذكره الإسنوي،

واحتَمَلَ جوازَ نكاحِ الأنثى مطلقاً وجوازَها لمثلها، فلو كان الواطئُ مجنوناً ففي ثبوت النسب، والإرث، وإطلاق أحكام الآدميِّ عليه: نظرٌ، ولم أرَ فيه شيئاً، وإن لم يُعْلَم وقوعُ آدميٍّ عليها فالظاهرُ كلامُ الأول، إذِ الأصلُ عدمه، وهل يجوزُ أكلُه أو ذَبْحه أضحيةً إن كانتْ أمُّه كذلك؟ يُنْظَر، وسيأتي في الأطعمة، وفي «فتاوى» موسى بن الزين: وَلَدَتْ بهيمةٌ من آدميٍّ فيبعُد لحوقُ نسبِه، وهو لمالكها، ويكلَّف لعقله، فتصحُّ عباداته وتصرُّفاته، وعليه القِصاص والدِّيَةُ إن جَنَى، ولا يُقْتَل به آدمي، ولا يَلي امرأةً لنقصه، والوجهُ منعُ تزوجه، ويحتملُ جوازُه بمثله ذكراً أو أنثى، أو مطلقاً، لخوف العَنَتِ، ولا يؤكل. انتهى، وهو موافقٌ لما قدَّمناه بزيادة.

## ٩١٦ ـ مسألة

تصيرُ المرأةُ بإرضاع الطفلِ خمسَ رضعات، أو إيجارِه[١] لبنَها خمساً بعد حَلْبه خمسَ مرات ـ أمّاً له، كما لو وَلَدَتْهُ، وأبو ولدِها ذو اللبن أباه، ويَتَعَدَّى الحكم إلى أصولهما وفروعهما، كالنسب في تحريمِ النكاح وحِلِّ النظرِ والمسِّ. ووطءُ الأَمَة بملكٍ كوطء الزوجة.

## ٩١٧ ـ مسألة

تثبتُ المصاهرةُ والنَّسَب والعِدَّة بوطءِ شبهةٍ من جهةِ الواطىء ولو طارئةً، فتحرُمُ على آبائه وأبنائه، ويحرُمُ عليه أُمهاتُها وبناتُها، وذلك كوطءِ جاريةِ ابنِه، ووطءِ المجنون والمراهقِ امرأةً، كما في «الروضة» في هذا الباب وكذا في «الأنوار»، لأن وطأه لا يُوجبُ حدَّه، ومثلُه استِدْخالُ ماءٍ

---

(١) أي: صبِّها لَبَنَها في فمه.

أنـزله زوجٌ، أو سيِّـدٌ، أو أجنبيٌّ شبهةً، لا مـاءِ زنا ولـو من زوج المُسْتَدْخِلَةِ، خلافاً للبغوي، ولا يجري ذلك في جواز اللَّمْس، والخلوةِ والسفرِ بها على الأصح، أقول: ولم يذكروا انتقاضَ الوضوءِ بلمسها، وظاهرُ كلامِ البُلْقيني الجزمُ بالانتقاض به بناءً على حرمة اللَّمس.

## ٩١٨ - مسألـة

حرمةُ النكاحِ والوطءِ بالمِلْك باقيةٌ وإن زالا، فإذا بانتْ أو باعَها فولَدَتْ، أو أرضعتْ بنتاً بعدُ: فهي محرَّمة عليـه، وكذا لو طُلِّقتْ صغيرةً، فأرضعتْها امرأةٌ: حَرُمتْ عليه.

## ٩١٩ - مسألـة

تزوَّجَ مجهولةَ النسبِ، فالتحقها أبوه: ثبتَ نسبُها بشرطه، ولا يرتفعُ النكاح إن لم يُصَدِّق الابنُ، حكاه المُزَني عن النصِّ، وقال: فيه وَحْشة، ووافقه القاضي مرةً وقال: ليس لنا من يطأُ أختَه في الإسلام إلا هذا، وتبعه في «الأَسْنَى»، وجزم به في «العُبَاب» وقال الغَزِّي: إنه المشهور، ومثلُه عن العبَّادي، وقال القاضي مرةً أخرى: ينفسخُ نكاحه، ورجَّحه عبد الرحمن بـن البُلْقيني، وقرَّره أبو زرعة، قال شيخنا عبدالله أبو فضل: ووجهه ظاهر، أقول: وذلك إن لم تَأْذنْ في تزويجها به بعينه، قال زكريا: وقِيْسَ به ما لو تزوَّجتْ مجهولَ النسبِ، فاستلحقه أبوها، فيثبتُ نسبُه ولا ينفسخُ نكاحه. انتهى وصورة الثانية: أن يتزوَّجها وهو عاقل، ثم يُجَنُّ فيستلحقُه حالَ جنونه، أما لو اتَّفق الزوجان على ذلك فلا ريبَ في الانفساخ.

## ٩٢٠ ـ مسألـة

طلبتْ تزويجَها برجلٍ، فقال وليُّها: إنه أخوها من الرضاعة لم يُقْبَلْ، فإنْ لم يرجعْ عن قوله أُجْبِر على إنكاحها به، فإن امتنعَ فَعَاضِلٌ، وكذا منْ لها أولياءُ وقال كلٌّ: لا أزوِّج حتى يفعل الآخر.

ولو اشترى أمةً فقالت: أنا أختُه من الرضاعة، فإنْ قالتْه قبل الشراء: حَرُمَتْ عليه، أو بعدَ تمكينِه مِن وطئها: فلا، أو بينهما: فوجهان جاريان في دعواها أنها موطوءةٌ لأبيه، وجزم في «الروض» و«العباب» ـ «كالأنوار» ـ بالتحريم، فلو ادّعت أنها أختُه من النسب وهي مجهولتُه، قال البغوي: لم يثبُتْ، لأنه ينبني عليه أحكام كثيرة، فلا يثبُتْ بقولها، وفي الفرق نظر لولا أنها منقولة.

ودعوى الحرَّة التحريمَ مقبولٌ بيمينها، إلا أن تأذنَ في تزويجها به معيَّناً، أو تمكِّنَه، قال في «الأنوار»: أو تختلعَ نفسَها منه قبل الدعوى فالقولُ قولُه، قال زكريا: والعبرةُ في المستثنى أن تأتيَ بما يدلُّ على الزوجية، ولو حَلَفتْ ثم رَجَعتْ لقوله لم تُقْبل.

## ٩٢١ ـ مسألـة

تحلُّ له زوجةُ ربيبه، وأمُّ زوجِ أمِّه، وبنتُ زوجةِ ابنه، وجَمْعُ امرأةٍ وأمِّ زوجها أو بنتِه، وبنتُ رجلٍ وربيبتُه، أو وزوجةُ أبيه أو ابنِه، وجَمْعُها مع أَمَتها.

ومن جَمَعَ امرأةً وبنتَها بعقدٍ بَطَلَتا، وكذا مرتَّباً إن وطئَهما، أما بلا وطء: فإن سَبَق عقدُ الأمِّ: صحَّ ولم تَحْرُم البنتُ إلا أن يطأَ، أو عكسُه: صحَّ وحَرُمت الأمُّ أبداً.

## ٩٢٢ ـ مسألـة

لا يجوزُ نكاحُ منْ له فيها مِلكٌ أو لمكاتبِه أو ابنِه أو وُقف عليه، فإنْ طرأتْ على مزوَّجة بطَلَ نكاحها إلا جاريةَ الابنِ فتبقى، ثم لا تصيرُ مستولَدةً بحبَلها، لرضاه برقِّ الولد ابتداءً، ويَرِقُّ لأخيه، بخلاف وطئه بغير عقد، قال البُلْقيني في «التدريب»: ولا تَحرمُ موصى له بمنفعتها، قُلْتُه تخريجاً، وجَزَم زكريا في «شرح الروض» بخلافه.

## ٩٢٣ ـ مسألـة

إذا طلَّقها ثلاثاً، أو العبدُ طلقتيْن، لم تَحِلَّ له بنكاح ولا مِلكٍ إلا بعد زوجٍ يطؤُها، منتشِرَ الآلةِ ولو مع إعانةِ إصْبَعِه في غير ردَّته، فلو طرأَتْ بعد عقده شبهةٌ فوطىءَ في عِدَّتها: كفى على الأصح فيهما، وتُصَدَّق هي في وقوعه بيمينها وإن ظُنَّ كذبُها. وتُكْرَه، فإن كذَّبها ولم يرجعْ: حرم، ولا أَثَرَ لقولِ غيرِها وإن عيَّنته في سببٍ من ذلك، نعم إن اتَّفقَ الوليُّ وشهودٌ وزوجٌ عيَّنْتهم على كذبها فنَقَل في «الروضة» عن إبراهيم المروزي وقرَّره: حرمتَها، وخالفه البُلْقيني كابن الرِّفْعة تَبَعاً لأبي الفرج الزَّاز، قال زكريا: والأولُ أفقهُ وأحوطُ.

## ٩٢٤ ـ مسألـة

لو قالتْ: طلَّقني زوجي ثلاثاً، فقال: بل أقلَّ وبانت، ثم رجعتْ لقوله، ففي «الحاوي الكبير»: يصحُّ رجوعُها، وبه جزم في «الأنوار» لأنها لم تُبْطِلْ برجوعها حقاً لغيرها، قال ابن عبسين ـ وغيره: ويؤيِّده قبولُ رجوعِ من ادَّعتِ انقضاء عِدَّتها قبلَ مراجعتها، ثم رجعتْ موافقةً لقول الزوج: رَاجعتُ فيها، قولاً واحداً، وأفتى القاضي أبو حميش مرَّةً بعدمِ

قبولِ قولها، قال أبو مخرمة: وكلٌّ محتمِل وبالمنع أُفْتي لأن قولَها: طلَّقني ثلاثاً: إثباتٌ لا يكونُ إلا عن تحقيق، كمنِ ادَّعتِ الرضاعَ لا ترجعُ عنه، بخلاف الرَّجْعة فإنها نَفَتْها، والأصلُ عدمُها، فيمكنُ أن يكونَ هو مستندهَا، فلما تحقَّقَتْها أثبتَتْها، وفي «طِرَاز» الشَّرْجي: القياسُ منعُ قبولها، وصحَّحه شيخنا، أقول: وفي «أدب القضاء» للغَزِّي: قال السُّبْكي: من خُوْلِعَتْ فقالت: هذه ثالثة، ثم رجعتْ، فتزوجت به بلا محلِّل، ثم مات: توقَّف بعضُهم فيها، والأقربُ أنها تَرِثُه، وقد نصَّ الشافعيُّ أن من طُلِّقتْ رجعياً وقالت: هي ثلاثٌ ولا رجعةَ لك، وأنكرَ، ثم صدَّقَتْه: يَحلُّ لها الاجتماع به، قال الإمام: فلو ادَّعتْ أن زوجَها طلَّقها، فأنكرَ ونَكَلَ، فحَلَفَتْ، ثم كذَّبَتْ نفسَها: لم يُقْبَل، لاستنادِ الأمرِ لأمرٍ ثبوتي، ولأن يمينَ الردِّ كالإقرار، زاد زكريا: ولتأكُّدِ الأمرِ بالدعوى عند حاكمٍ.

والفرقُ بينهما وبين مسألة النصِّ أن الطلاقَ لم يثبُتْ بقولها، فإذا رجعتْ عنه قُبِلَ رجوعُها، وأطال السُّبْكي فيها في الدعاوي في «فتاويه». انتهى. فحاصلُ هذا: قبولُ رجوعِها، وعمدتُه ما ذكرنا من أن أصلَ الطلاقِ لم يثبُتْ بقولها. ولم يُقِرَّ الزوجُ به صريحاً ولا حكماً بردِّ اليمين، وجزم بذلك في «العباب» والأزرق في النفائس» ونقله عن «زيادات» الزيادي على فتاوى القاضي حسين، قال بعضهم: وهو ما يُفْهِمه كلامُ الغزالي في آخر الرَّجعة، وكذا نقل ابن الزين في «فتاويه» عن البُلْقيني وابنه ترجيحَ قبولِ رجوعها وأقرَّه، والفرقُ بينها وبين مسألة الرضاع: أن الرضاعَ كالنسب، إذا ثبت لا يرتفعُ، نعم لو ادَّعَتْه ثم أنكرتْه وقالت: إنه دون خمسِ رضعات، أو بعد الحولين وظَنَنْتُه مُحَرِّماً، واحتُمِلَ صدقُها لجهلِها، ووافَقَها: لم يَبعُدْ قبولُ ذلك.

## ٩٢٥ ـ مسألـة

يجوزُ للقِنِّ والمبعَّض نكاحُ من فيها رقٌّ، لا للحرِّ إلا أن خاف الزنا، بحيثُ يتوقَّعه ولا يغلِبُ على ظنه عدمُه، فيجوزُ مع الاحتمال بلا غَلَبة، قال شيخنا عبدالله أبو فضل: ويُقْبل قوله فيه، لأن الرجوعَ في العقود إلى أربابها، قال الإمامُ والمُتَوَلِّي: ولا يجوزُ لمجبوبٍ، لعدم إمكان زناه، وبه أخذ ابن المُقْرِي في «روضه» وصاحب «العُبَاب» وجوَّزه الرُّوْياني له وللخَصيِّ عند خوف الفعل المُؤْثِم، لأن العَنَتَ المشقةُ، وهو منها، وسكت في «الروضة» عن الترجيح في المجبوب، فخرج من ذلك الاتفاقُ بجوازه للخَصيِّ لخوف الزنا، ومثلُ المجبوبِ: الممسوحُ، فيما يشملُه كلامُهم، إذ لا يَخاف الزنا، لكن قال ابن عبد السلام: ينبغي أن يجوز له نكاحُ الأَمَة مطلقاً، إذِ المحذورُ رِقُّ الولد، وهو منتفٍ فيه إذ لا يَلْحَقُه، وجَزَم به في «العباب» قال زكريا: وهو أبلغُ مما قاله الرُّوْيانِّي، فظاهرُ هذا مَيْلُه إلى المنع؛ وإنما يجـوزُ لمن لا يَقدِر على نكـاح حرَّةٍ تصلحُ للاستمتاع، غيـرَ جَـذْماء، أو بَرْصاء، أو ممتنعةٍ لهرمٍ وصِباً وجنون، وعيـبه أو فقرِه عن غير مسكنٍ وخادمٍ يحتاجهما، أو غاب مالُه وإن وجَدَ مُقْرِضاً أو من يَهَبُ له، أو مفوِّضَةً؛ وحيثُ جاز له نكاحُ الأَمَة، قال الأُسيوطي: فالظاهرُ منعُه من أَمَةٍ متحيِّرة، لمنع وطئها شرعاً، فلا تندفعُ بها حاجته، ومَن تحته حرةٌ متحيِّرة فالظاهر منعه من الأَمَة، لأنه لم ييأَسْ من صحتها، قاله أيضاً، قال: ويَحتمِلُ جوازه، وظاهر كلامه جوازُ نكاحِ الأمة لمن قَدَرَ أن ينكح متحيِّرةً جديدةً.

## ٩٢٦ ـ مسألـة

وَلَدُ الأمةِ بنكاحٍ، أو زنا، أو شبهةٍ رقٌّ: رقيقٌ مثلُها، وولدُ المُبَعَّضَةِ

مُبَعَّضٌ، ووقع للرافعي في موضع أنه لا يتصوَّر تبعيضه، فإن قلْنا به فقيل: ينبغي جوازُ نكاحِ المبعَّضة مع الحرَّة، والراجح المنع.

## ٩٢٧ ـ مسألـة

ذكر ابن العِماد في «توقيف الحكام»: أن نكاحَ الكتابيةِ أولى من نكاحِ مسلمةٍ تاركةٍ للصلاة، لأنها مرتدةٌ عند أحمدَ وغيرِه من العلماء، فلا يجوزُ نكاحها على ذلك، بخلافِ الكتابية فإنها حِلٌّ بنصِّ القرآن.

## ٩٢٨ ـ مسألـة

إذا جَمَعَ في عقدٍ بين منْ تَحِلُّ وبين من لا تحلُّ، كزوَّجتُكَ بنتيَّ وابني، أو وفَرَس، وكمسلمة ومجوسية: صحَّ فيمن تَحلُّ بمهر المثل.

## ٩٣٠ ـ مسألـة

تزوَّجَ كافرٌ كافرةً صغيرةً عاقلةً ثيِّباً، ثم أسلما في صِغَرها ويُتَصوَّر بإسلام أصلٍ لها: فلا تقرير[1]، قاله البُلْقيني في «التدريب تخريجاً.

## ٩٣١ ـ مسألـة

لو عَلِمْنا مجوسياً نكح مَحْرمَه: لم نتعرَّضْ له، فإن تَرَافعا إلينا أَبْطَلْناه، أو مات ذميٌّ تحته خمسٌ: وَرِثْنَه، أو كافرٌ تحته مَحْرَمٌ: لم تَرِثْه.

## ٩٣٢ ـ مسألـة

لا تَحِلُّ كتابيةٌ غيرُ إسرائيلية حتى يُعْلَمَ دخولُ قومِها في دينها قبل

---

(١) أي: فلا تقرَّر على البقاء عنده، لأنها صارت مسلمةً، فلا تكون زوجة لكافر.

نَسْخِه وتحريفِه، ويُعرفُ بإسلامِ اثنين ثم شهادتِهما، قال في العُبَاب: ويتَّجه تصديقُهم في وقته، وظاهرُ كلامهم خلافُه، وفي الإسرائيلية شَرْطُه أن لا يُعلَمَ ضدُّ ذلك، قال زكريا: وقضيةُ كلامِ «الروضة» أنهم لو دَخلوا اليهوديَّةَ بعد عيسى وقَبْل نبينا صلّى الله عليهما وسلم حلَّتْ، لشرفهنَّ، بخلاف غيرهن، ثم ظاهرُ كلام الشيخين أن عيسى نَسَخَ دينَ موسى عليهما السلام، قال ابن عبسين: وفي القرآنِ ما يدلُّ على خلافه على الإطلاق.

## ٩٣٣ ـ مسألـة

يُكرهُ نكاحُ الكتابيةِ، وكذا المسلمةُ الساكنةُ دارَ الكفر، والتَّسَرِّي هناك، نقله الزركشي عن نصِّ «الأم»، قال: ومحلُ الكراهةِ في الذِّمِّية: وجودُ غيرها.

## ٩٣٤ ـ مسألـة

تحرُم بنتٌ من كتابيٍّ وغيرِه، فإن بلغتْ وتَبِعَتْ دينَ أحدِهما لَحِقَتْ به، وحَلَّ نكاحها إن تَبِعتِ الكتابيَّ. قاله الشافعي، ونقله الشيخان هنا وتردَّدا في الترجيح، وصحَّح الرافعي في الصيد والذبائح منعَه، وتَبِعه في «المهمات» و«العباب»، وهو قاضٍ على التردد.

## ٩٣٥ ـ مسألـة

اقتضتْ عبارةُ الأئمةِ جوازَ تزويجِ المرأةِ مملوكَ ابنِها، قال ابن أبي شريف: وهو المتَّجهُ المُصَرَّح به في بعض «شروح التنبيه»، لأن منعَ تزوُّجِ الأبِ بجاريةِ ابنِه سببُه وجوبُ إعفافِه مع حقِّ الشبهة في ماله،

وهي لا يجبُ إعفافُها وإن كان لها شبهة وجوبُ إنفاقها، فلا تكفي بمجرَّدها للمنع، بدليلِ جوازِ تزوُّجِه بجاريةِ أُمِّه وأبيه، وإن كانت للابن شبهةُ الإنفاق في مالهما، قال: وذكر في «شرح البهجة» - يعني لأبي زرعة - أن تزوُّجَه بها ممنوع، وهو غريبٌ نقلاً، بعيدٌ توجيهاً.

## فصــل في الخِيار

لا خيارَ بجنونٍ نادرٍ ينقطِعُ سَريعاً، ولا بإغماءٍ إلا أن يدومَ وأيس من زواله، قاله فيهما المتولِّي، ولا ببَخَرٍ[1]، وصُنَانٍ[2] وقُروحٍ سائلة، وعِذيطةٍ[3]، وعمىً، وزَمَانة، وبَلَهٍ، وخِصاية، وإفضائها[4]، وكذا استحاضتها، قال الأذرعُي: إلا إذا تحيَّرتْ وحَكَمَ الخُبَراء باستحكامها فيتَّجهُ الخيار بها، لمنع وطئها شرعاً، فهو كالحسيِّ، ولا نظرَ لتوقُّع الشفاء على نُدورٍ، ولا بعد موتِ أحدهما، أو توسيع الرَّتَق[5] بحيث يمكنُ الوطء، والتوسيعُ حرام، ويثبُتُ به لمجبوبٍ، ولها بجَبِّه كما في «الروضة» عن الحناطي، والشيخ أبي حامد، وبه جزم في «الروض» و«العباب» وهو الراجح عند زكريا وغيره، ونقَلَ عن البغوي طريقاً

---

(١) البَخَر: نتن رائحة الفم.

(٢) هو نتن رائحة الإبط.

(٣) عذيطة: ضبطها النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» ٤ : ١١ بكسر العين على أنه مصدر، والمبتلى به: عِذْيَوْط قال: «وهو الذي يخرج منه الغائط عند جماعه، والمرأة عِذْيَوْطَة»

(٤) أفضى الرجلُ المرأةَ: إذا جَعَل مسلكَيْها واحداً، كما في «القاموس». وفي «الروضة» ٧: ١٧٨ : «والافضاء رفع ما بين مخرج البولِ ومدخل الذكر».

(٥) الرَّتَق - وصاحبتُه رَتْقاء - هو: انسدادُ محلِّ الجماع باللحم، كما في «الروضة» ٧: ١٧٧ للنووي.

قاطعة[1] بالمنع، ونقله الأذرعي عن النصِّ، وعن الدارمي وقال: إنه المذهب، وكذا الزركشي، ورجَّحه الغَزِّي، أما العُنَّة فمثلُه وأولى أن يثبُتَ له الخيارُ معها وإن مَنَعْنا المجبوب، وبه قال ابن القطان، والدارميُّ، ومنعه في «الكافي»، وأولى أن لا يثبُتَ لها خيارٌ، فلو كانت ضيِّقةَ المحلِّ يُفْضيها الوطءُ: فأطلقَ الغزاليُّ ثبوتَ الخيار له بذلك، وأطلق الأصحابُ المنعَ، فحمَلَه الرافعي على من كَبِرتْ آلتُه، وعليه يدلُّ «البيان» المنعَ به وقال: حقُّه أن يستمتع، وكلام الغزالي على من يُفْضيها كلُّ أحد، وقرَّره النووي وغيره، قال الزركشي: وقياسُه أن من كَبِرتْ آلتُه بحيثُ لا يتَّسع لها فرجٌ وإن اتَّسع يكون كالمجبوب، ونقل الشيخان في مسائل العُنَّة عن أبي محمد ثبوتَ الخيار بالمرض المُزْمِن الذي لا يتأتَّى الجماعُ معه، ونقله في «الذخائر» عن المحققين وجزم به ابن الرِّفْعة.

## ٩٣٦ ـ مسألة

خيارُ المجنونِ والصبيِّ لا ينوبُ فيه وليُّه، بل تُنْتَظَرُ إفاقتُه ـ ولو يتقطَّع ـ وبلوغُه، وخيارُ الأَمَةِ لها لا لسيِّدِها إلا بمقارن علم، على ما اقتضاه كلامهم، قال الزركشي: وهو الذي ينبغي، ليدفعَ الضررَ عن ملكه، وفي «البسيط» منعُه منه مطلقاً.

ولا فسخَ إلا بالحاكم وإن تَراضيا بدونه كما جزم به في «المحرَّر»، وحكى الماوردي فيه وجهين، قال الزركشي: وكلامُ «الأمِّ» يقتضي ترجيحَ الصحة، وبه جزم الصَّيمَريُّ، ويثبُتُ للرجعية لا للبائن.

---

(١) لفظ النووي في «الروضة» ٧: ١٧٨: «وحكى البغوي طريقاً آخر أنه لا فسخ به قطعاً».

## ٩٣٧ ـ مسألـة

الخيارُ على الفَوْر، ويُعْذَر بجهله أو جَهْل فوريَّته، ويُصَدَّق بيمينه في الجهل بذلك، وبوجود العيب.

## ٩٣٨ ـ مسألـة

من غرَّ ـ ولو عبداً ـ بحرِّيَّة أمةٍ وأَوْلَدَها وعَلِمَ: فمن عَلِقَتْ به قبلَ العلمِ حُرٌّ، وعليه قيمتُه يومَ ولادته لسيدها، وإن كان أباه ومَنْ بعده رقيقٌ، فلو لم يَغُرَّ ولكن عَقَدَ له بها بصورةِ عقدِ الحُرة فزَعَم جهلَه برِقِّها، فادَّعى السيدُ علمَه: صُدِّق الزوج، لأن الأصلَ عدمُه، وهو أعلم بظنِّه، وكذا لو تَنَازَع أولادُها همْ والسيدُ: يحلِّفون أنهم لا يَعلمون علمَ أبيهم برقِّها، قاله أبو شكيل، ولم يذكُر لزومَ قيمتهم للسيد إن كان العاقدُ غيرَه كوكيله، وأنها على مَنْ؟ وهي على الأب إن كان هو المنازِع، وإلا ففي تركتِه إنِ انحصرَ إرثُه فيهم، أو شاركهم غيرُهم وصدَّقه في جهله، وإلا فيَحْتملُ أن يكونَ كذلك أيضاً، لأن الأصلَ عدمُ علمه، ويَحْتمِل أن يُصَدَّق الغيرَ في قَدْر إرْثه أن أباهم كان عالماً حين العُلُوق، لأنه خليفتُه في ذلك، فيقومُ مَقَامه، وعلى هذا: فهل يَرِقُّ ما يقابلُه منهم، أو يَعْتِق ما يقابلُه منهم، أو يعتقُ وَيُغَرَّمون قِسْطَه من القيمة، أو يرجعُ بها السيدُ على الغارِّ؟ ينظر في ذلك، ومن لزمتْه رَجَعَ بها على الغارِّ إذا غُـرِّم، كما عُرف.

## ٩٣٩ ـ مسألـة

لأَمَةٍ عُتِقَ كلُّها تحتَ عبدٍ الخيارُ، ويُنْتَظرُ بلوغُها أو إفاقتُها إن كانتْ بضدِّهما، وهو على الفَوْر، وتُعْذَرُ بالجهل إن أمكنَ، وتُصَدَّق فيه، كما في العيب، فإن ارتدَّ أو طُلِّقت رجعياً فلها الفسخُ في العِدَّة، أو انتظارُ رجوعِه

فيها، ولا تصحُّ إجـازتُها فيها، فإن فُسِخت الرجعيةُ بَنَتْ على ما مضى أو الأخرى، فإنْ أسلَم اعتَدَّتْ من حينِ الفسخ، وإن أصرَّ تبيَّن فراقُها بالرِدَّة.

## ٩٤٠ ـ مسألـة

إذا شَـرَط أحدُ الزوجين في الآخـر وصفاً مقصـوداً: كإسـلامِها، وحريَّتها، أو نسبٍ، أو جَمالٍ، أو طول، أو شباب، أو بياض فيهما، فبان خلافُه، فللشارطِ الخيارُ، وكذا لو ظنَّتْه حرّاً فبانَ عبداً، ثم خيارُ الفسخِ بالخُلْف، والعِتْقِ لا يَحتاجُ لحاكم بل يَستقلُّ به صاحبهُ.

## ٩٤١ ـ مسألـة

يثبتُ الخيارُ بعُنَّةِ الرجلِ ـ ولو لزَمَانةٍ ـ ، أو من امرأةٍ دون أخرى وإن عَلِمَتْها، ولو أسقطتْ حقَّها قبل مضيِّ المدةِ المضروبةِ لها: لم يَسْقُط، أو بعدها بَطَل، لكن لو بانتْ منه ثم جدَّد نكاحَها عاد حقُّها.

## ٩٤٢ ـ مسألـة

ينفسخُ النكاحُ بمسخِ أحد الزوجين، فإن صارَ حَجَراً تقرَّر المهرُ، كموته، وإن مُسِخَتْ هي حيواناً: سقَطَ، لأنه من جهتها، أو هو: بقي كلُّه لها ولو قبلَ الدخول، إذ لا يُتَصوَّر عودُه له، لزوال أهليَّته، ولا لورثته لحياته، ويَحتَمِلُ تقرُّره به فيها كالحَجْر[١]، قاله البُلْقيني ـ أو غالبُه ـ في «التدريب» قال ابن أبي شريف: والانفساخُ متَّجه، ولا تَنْتظر العِدَّة ولو بعد الدخول، لزوال إنسانيَّته، وعدمِ وقوعِ العادة بعَوْد ما مُسِخ.

---

(١) كتب على الحاشية: «نسخة كالحيِّ».

## فصـــل في عشرة النساء

### ٩٤٣ ـ مسألـة

قال ابن الرِّفْعة: لا تجوزُ إزالةُ بكارةِ زوجتِه بغيرِ الذَّكَر، وإن لم يجبْ به شيء، وقرَّره الطنبداوي، ويُحْمَل على مَنْ لم تَأْذَنْ، وله الاستمناءُ بيدِ زوجتِه وجاريتِه، ويُكْرَهُ عَزْلُه عنهما تحرزاً من الولد، وإن أذنتْ له، ويسنُّ له ملاعبتُها إنْ لم يَخَفْ مفسدةً، وتَطَيُّبُها للغشيان، وأن لا يُخْليهَا عنه كلَّ أربعٍ ليال بلا عذر، وعند قدومه من سفر، وأن يمهلَها بعد الإنزال قليلاً لتقضيَ وطَرَها، وأن يتغطَيا بثوب، وأن يناما في فراشٍ إن لم يكن عذرٌ، سيما إن رغبتْ فيه، ويُكْره وطؤُها عند أُخرى، وذِكْرُ ما جَرَى ما بينهما، فإن فصَّله حَرُم، كما في «شرح مسلم» وأنْ تَصِفَ له امرأةً بلا حاجة، وله الوطءُ في زمنٍ يعلمُ خروجَ المكتوبةِ قبل إنزالِه لقدْرته على تَرْكه، ولامرأةٍ يعلمُ تركَها الغُسْلُ والصلاةَ بسببه.

### ٩٤٤ ـ مسألـة

تعليمُ المرأةِ الكتابةَ إنْ خُشِيَ منه محذور: كُرِه، وإلا فلا.

### ٩٤٥ ـ مسألـة

وطءُ الدُّبُر كالقُبُلِ في إفسادِ العبادة، والغسلِ منه، والكفـارةِ، والعدَّةِ، والحدِّ، وثبوتِ الرَّجْعة، والمصاهرةِ، والمهرِ المسمَّى أو غيره، ونحو ذلك، لا في الحِلِّ، والتحليل، والإحصانِ، وفَيْئَةِ المُوْلي، والعِنِّين، وسقوطِ حكمِ البكارة في إذن النكاح، وإعادة الغُسْل لخروج منيٍّ الواطىءِ منه وإن قضى الوَطَر.

وهل يثبُتُ النسبُ في الجارية ومن وُطِئتْ فيه بشبهة؟ صحَّح في «الروضة» هنا ـ كأصله ـ ثبوتَه، وجزم به في الطلاق، وصحَّح في الاستبراء

واللِّعان ـ كالأكثرين ـ عدمَه، لبُعْدِ سَبْق الماء إلى الرَّحم، وصحَّحه السُّبْكي وغيره، وجزم في «العُبَاب» بالثبوت، وتَبِع في «الروض» «الروضةَ» في المواضع المذكورة، أما ثبوتُ النسبِ من الزوجة فبالفراش مع الإمكان.

## ٩٤٦ ـ مسألـة

نقل بعضُهم عن الجمهور أن على المرأة رفعَ فَخِذِها، والتحرُّكَ مع الزوج ـ أي: إنْ طلبه ـ ، واختار القماط وجوبَ رفعِ الفخذ إن تَوَقَّفَ الوطءُ عليه لا التحرُّك، وأبو القاسم بن مُطَيرٍ وجوبَهما لمريضٍ وهرمٍ لا يقدِر عليهما دون غيره، وليس له وطؤُها إذا أدَّى لإفضائها، ويحرُم عليها تمكينُه أيضاً.

وله إكراهُها على غُسلِ جنابةٍ، ونجاسةٍ، ووسخٍ، وإزالةِ شعر إبطٍ وعانةٍ، وظُفُرٍ، وتركِ تناولِ مضرٍّ كسُمٍّ، ومُمْرِضٍ ومُؤْذٍ كثومٍ ولحمٍ محرَّم ونبيذٍ وإن اعتقدت حِلَّه، ولبسِ جلدِ ميتةٍ لم يُدْبَغْ، وثوبٍ كريهِ الرائحةِ، والمسجدِ، والجماعةِ، وكنيسةِ كتابيةٍ، وله نقلُها من قريةٍ إلى بادية لأن نفقتَها مقدَّرة، وسدُّ بابٍ عليها لخوفِ ضررٍ، لا سدُّ الطاقات، قاله ابن الصلاح، ولا إجبارُ أَمَتِه الكافرة على الإسلام إذا أفادها الرقُّ الأمانَ من القتل .

## ٩٤٧ ـ مسألـة

ادَّعت الوطءَ ليتقرَّر المهرُ، أو بعد طلاقِه أو موْته لِتَرِثَه في العِـدَّة، أو ادَّعاه ليسقُطَ حقُّ حبسِها لنفسها، وأنكر الآخـرُ: صُدِّق المنكِـرُ، ويُصَدِّق مدَّعيه العِنِّين لإسقاط خيارها، إلا أن تثبتَ ببقاءِ بكارتها، والمُوْلي للفَيْئَةِ، والمرأةُ إذا وَلَدَتْ ولداً يَلْحَقُه لتمام المهر، ومن علَّق الطلاق بوطئها فادَّعاه، أو

طلَّقها للسُّنَّة فقال: وطئتُها في هذا الطُّهْر لئلا يقعَ فيه ومدَّعِيَتُه للتحليل، كما سبق، ويُنَظَّرُ فيمن ادَّعتْ إعساره بالمهر ـ وإن لم يَطَأْها لتَفْسَخ ـ فقال: قد وَطِئْتُ[1].

## ٩٤٨ ـ مسألـة

من زُوِّجت ببلدٍ وهي غائبةٌ لم تَستَحقَّ النفقةَ إلا بتسليمها نفسَها في بلدِ العقدِ إن لم يأْتِها، ومَؤَنُ الطريق غيرُ النفقة إن طلبها إليه عليه عند الحناطي، وحكى الرُّوْياني فيه وجهين، أحدهما: عليه، والثاني: عليها، قال: وهو أقيسُ. انتهى، وفيه بإطلاقه نَظَرٌ إن كان إذنُها في العقد في بلدها وهو فيه، أو لم تعلم أين هو، فإن مثلَ هذه لا تأمَل تسليمَها في غيره حتى يلتزمَ بزيادةِ المُؤَن، وكذا في نفقةِ نفسِها، لأنها لا تَقدرُ على الفسخ لعدم التمكين، وإيجابُ المسير إليه من غير سَبْقِ ما يُشعر برضاها به: فيه إجحافٌ بها، وربما كانتْ صغيرةً فتزيد مُؤَنُها على ما تأمُلُه من النفقة، أو لو كانت كبيرةً وعرفت ذلك: لم ترضَ بالتزويج به، فَلْيُفْرَضْ ذلك فيمن زُوِّجت كذلك مع علمها ورضاها وهي كبيرة، ويُنْظَر فيما عدا ذلك.

## ٩٤٩ ـ مسألـة

يحرُمُ على المرأة استعمالُ دواءٍ يمنع الحَبَلَ قبل وطئها وبعده، كما ذكره العماد بن يونس، وابن عبد السلام، قال أبو مَخْرَمة: وهو حقٌّ لأنه مضرٌّ، ولذلك وجبَ على جانٍ أبطلَ قُوَّته الديةُ. قال: وظاهرُ كلامِ مَنْ

(١) جاء على الحاشية ما نصه: «تنبيه: تصديق في الوطء يستثنى من قاعدة إن القولَ قولُنا في الوطء واستثنى منها أيضاً: تصديقه فيه في الإيلاء، وفيما لو أُعْسِر بالمهر حتى يمتنع فسخها بن. انتهى «تحفه» وبن يزول التنظير. اهـ.».

وقفتُ عليه من أصحابنا جوازُ التسبُّبِ لإخراجه ما دام نطفةً أو علقةً.
أقول: وهو ما نقلوه عن بعض أصحاب أبي إسحاق المَرْوَزي، وذكر المحبُّ الطبري عن بعضهم في النطفة قبل الأربعين جوازَه، وعن بعضهم منعُه، وظاهرُه المنعُ فيما بعده، وفي «أدب القضاء» عن الحنفية جوازُ التسبُّب لإخراج الحمل، وظاهره العموم فيما بعد ذلك(١).

## فصل

على الفرعِ القادرِ إعفافُ أصوله الذكورِ من جهة أبويه: بتزويجٍ، أو تمليكِ مَنْ يَتَسَرَّاها الأصل، أو بذلُ ما عَجَز عنه من مهر ونفقةٍ، فإن كانوا جماعةً وضاقَ مالُه: قُدِّم آباء الأب العَصَبات، ثم غيرُهم: الأدنى فالأدنى، فإن كانا في درجةٍ أُقْرِع بلا حاكم، وزَوَّجَ القارعُ، فإن اجتمع فروعٌ فكاجتماعهم في الإنفاق، وقَدْرُه ذلك مثلُها فيه، وإنما يجبُ لحرٍّ محتاجٍ إليه بحيثُ يَشُقُّ عليه الصبرُ وإن لم يخشَ الزنا، ومنِ احتاجَ للخِدْمةِ لمرضٍ ونحوهِ كذلك، قال ابن الرِّفْعة: قال السُّبْكي: وهو صحيح إن تعيَّنَتْ لذلك لكن لا يُسَمَّى إعفافاً.

---

(١) بل مذهب الحنفية كمذهب الشافعية: الاختلافُ في جوازِه ومنعِه قبلَ التخلُّق، أي قبل مضيٍّ مائة وعشرين يوماً عليه، ومنعُه بتاتاً بعد هذه المدة، وفي اسقاطه حينئذ إثمُ قتلِ نفسٍ، وتكون علامات تخلُّقه بظهور بعضِ خَلْقه: من شعر، أو إصبع، أو رِجْل، وأفاد بعضهم أنه لا بد من تخلّق رأسه. واتفقوا على عدم الإثم بشرطين العذر، وقبل مضيّ مدة مائة وعشرين يوماً، ومثال العذر: مرضعةٌ ظهر بها حُبَلٌ وانقطع لبنُها، وليس لأبي الصبي ما يَستأجر به الظئرِ ويُخاف هلاك الولد ـ الراضع ـ لأن الذي في بطنها ليس آدمياً، أما هذا فآدمي، فيقدَّم حقّه. انظر حاشية ابن عابدين آخر فصل النظر واللمس من كتاب الحظر والإباحة ٥: ٢٣٩، وأواخر «فصلٌ في البيع» من الكتاب نفسه ٥: ٢٧٦، وفصل في الجنين من كتاب الديات ٥: ٣٧٩ وآخر سطر من الصفحة التي قبلها ٣٧٨.

ولا يكفي الإعفافُ برقيقةٍ، وشوهاءَ، وعجوزٍ، وذاتِ علَّة لا تُشْتَهى معها كقروح سيالة، واستحاضة، وإن كانت تحتَ الأبِ وجبَ بغيرها، ولكن مع نفقةٍ واحدة.

## ٩٥٠ ـ مسألة

يحرُم عليه وطءُ جاريةِ فرعِه، فإن فعلَ لم يحدَّ وإن كانت مستَوْلَدةً للابن، كما اقتضاه كلام الشيخين في مواضع، واعتمده الإسنويُّ والأذرعيُّ وغيرُهما، لكن نَقَلا هنا عن «تجزئة»[1] الرُّوْياني عن الأصحاب القطعَ بحدِّه، إذْ لا يُتَصَوَّر أن يملكَها، ولكن ساق هذا في «الشرح الصغير» سياق الأَوجُهِ الضعيفة، قال زكريا: فإنْ وطئَها في الدُّبُر فيظهر أنه يُحَدُّ كمن وطىءَ جاريتَه المحرَّمة بمحرميَّةٍ أو تَمَجُّسٍ[2] في دُبُرها، بل أولى، وتحرُم بوطئه على الابن، فإن كانت موطوءةً له أيضاً حرُمت عليهما، فإن حَبِلتْ للأب فقد صارت مستولَدة، وعليه قيمتُها للابن، فإن كانتْ مشتَرَكةً ـ والأبُ موسِرٌ ـ نَفَذَ الاستيلاد في كلِّها، وعليه مهرُ نصيبِ الشريك وقيمتُه، وإلا ففي نصيبِ الابنِ فقط ويبقى نصيبُ الشريك له فيها وفي ولدها، وولدُه من أَمَةِ ابنه حرٌّ وإن كان معسِراً، قال القفَّال: أو رقيقاً أو مبعَّضاً كولدِ المغرورِ، ونقَلاه وسكتا عليه، لكن في «تعليق» القاضي تصحيحُ رقِّه من الرقيق، قال البُلْقيني، وهو الراجح، والقياسُ غيرُ ظاهر، إذِ المغْرور ظانٌّ ما يقتضي حريَّتَه، بخلافه، ولا شبهةَ له هنا، لأن العبد لا يَملكُ، وجزم في «الروض» بالأول، أما الابن في جاريةِ أصله فكالأجنبي، فَيُحَدُّ

(١) كذا في الأصل «روضة الطالبين» ٨: ٢١٢ لكن في «الروضة» ٧: ٢١١ وترجمته من «طبقات الشافعية» للسبكي ٧: ١٩٥ وموضع آخر منه: «التجربة».

(٢) أي: أن دينها المجوسيَّة.

بزناه، ولا استيلادَ بوطئه إلا أن وَلَدَه بنكاحٍ أو شبهةٍ يَعْتِقُ على سيدها، لأنه بعضُه ولا قيمةَ له، وما خُلِق من زناه لا يَلْحقُه فلا يَعتِق.

## ٩٥١ ـ مسألـة

من زوَّج أَمَتَه حَرُمتْ عليه خلوتُها، ونَظَرُ ما بين سُرَّتِها وركبتها، كما مرَّ، ويُسْلِمها ليلاً وقت النوم إن أرادَ خدمتَها بعكس أجيرةِ الخدمةِ فيه، وكذا المبعَّضةُ إلا أن تكون بينهما مهايأةٌ، فهي في نَوْبتها كالحرَّة، وفي المكاتَبةِ وجهان، من جهةِ أنها مالكةٌ أمرهَا، وجهةِ كونِها قِنَّةٌ تحتاج للخدمة للخلاص، أو للسيد إنْ عَجَزَتْ، ومهرُها لسيدها، وإن زال مِلكُه قبل الدخول، لا ما وَجَبَ بوطءِ نكاحٍ فاسد أو مفوَّضةٍ أو تقديرٍ لها بعد العقد، فهو لمن مَلَكها حينئذ، ولها إنْ عَتَقَت ولا حَبْسَ لهما به قبل الوطء، بخلاف ما للسيد قبلَ زواله، فله حبْسُها له لا بعده، ولو وطئَها ـ والزوجُ ابنُه ـ انفسخَ وسَقَط.

## ٩٥٢ ـ مسألـة

مُؤَنُ زوجةِ العبدِ في كسبه وتجارته إن كانتْ، ورِبْحُها وكذا مهرُها، فإن كان مؤجَّلاً ففيها كَسَبه بعد حلوله، وله أن يكتسِبَ قَدْرَهما ويؤدِّيَ كلَّ يوم نفقتَه، وما زاد في المهر حتى يوفيَه، وإن استخدمه سيدُه فعليه أجرتُه نهاراً لا غيرُه وإن زاد عملُه عليه، وما زاد عنهما فهو للسيِّد، وله السفرُ به، فإن صَحِبَتْه دامتْ مؤنتُها حتى الركوبُ منه وإن لم يطالبها بالسفر، وتخليتُه ليلاً أو وقتَ الإمكان للاستمتاع ولو بقريةٍ أخرى قريبةٍ في الأمن، وليس على السيد شيءٌ من عنده وإن أَذِنَ على أن يضمنَه، ولا يبطُل الإذنُ بشرطِ أن يشترطَ عدمَ النفقةِ أو الوطءِ أو الطلاقِ، ويفسُدُ الشرطُ، ومن زَوَّجَ أمتَه

عبدَه فلا مهرَ وإنْ ذكره، وفي سَنٍّ تسميته قولان، فلو عَتَق قبل وطئها لم يلزم به شيء.

### ٩٥٣ ـ مسألـة

حيثُ ادَّعى على سيده الإذنَ في النكاح بعد وجوده، فإن قال: ليخلِّيني لكسبِ مُؤَنه ومهره، أو ادَّعت الزوجةُ أن كسبَـه مستَحَقٌّ لي بها: سُمِعَتْ، وظاهر ذلك أن دعوى العبد بمجرَّد تصحيحه ليملكَ التمتعَ به غيرُ صحيحة، وفيه نظر.

### ٩٥٤ ـ مسألـة

نَكَحَ بغير إذنٍ ووطىءَ، فلا حدَّ، وعليه مهرُ مثلٍ في ذمته، إلا أن تكون مكرهَةً أو أمةً بلا إذن سيِّدِها، ففي رقبته.

### ٩٥٥ ـ مسألـة

ليس له التَّسَرِّي ولو مبعَّضاً وبإذن سيده، وفي المكاتَب بإذنه كلامُ يأتي.

## فصل في الاختلاف

حيثُ ادَّعت الزوجةُ محرميَّةً للزوج، وقد أذِنت له في التزويج به معيَّناً: لم تُسْمَعْ، كما مرَّ، لكن إن ذكرتْ عذراً كنسيانٍ وجهلٍ: سُمعتْ لتحليفه بنفيِ علمِها لتحلفَ إنْ نَكَل، لا للبيِّنة، وكذا إن أَذِنَتْ بِكْرٌ بالسكوت فيه، ولو ادَّعى ذلك ولـيٌّ أو سيدٌ: لم تُسمع إذْ لا حقَّ لهما فيها، كذا

ذكروه، وينبغي سماعُهما منهما بالوِلاية حيث كانت صغيرةً لتحليفه، أو بيِّنة بها، ولو رَجَعتْ لم يُقْبل، ولو زوَّجها سيدُها ثم ادَّعى كونَه في صغـره، أو حَجْره، أو إحرامه ـ وعُهدَا[1] وقبلَ مِلْكه: سُمِعتْ والقولُ قولُ الزوج، ومن قالت: كنتُ صغيرةً حينئذ، أو لم آذَنْ: قبِلت بيمينها، قال المُزَجَّد: وإن كان المزوِّج لها أباها إلا أن تمكِّنَ هي بعد البلوغ وإن لم يطأْ، ولا يُقْبلُ رجوعُها لو رجعتْ، ومن ادَّعى منهما إكراهاً على قوله ـ وثَمَّ ما يدلُّ عليه ـ سُمِع ويحلَّف.

(١) أي: سَبَق أن حُجِر عليه، أو أحرم بحج أو عمره، أما الصغر: فمعهود منه.

## بـاب الصَّدَاق

ذِكْرُه في العقْد سُنَّة، ويجوزُ إخـلاؤُه منه، إلا في عَقْد محجورةٍ، أو ملكٍ لها، أو كاملةٍ لم تفوِّض، وقد اتَّفقوا في الجميع على أكثرَ من مهرِ المثلِ، وإلا في زوجٍ محجورٍ واتفقوا على تسميةِ أقلَّ منه: فتجبُ التسميةُ، لأن تركَها يجبُ معه مهرُ المِثْل وفيه بَخْسٌ بهم، ويُسَنُّ كونُه فِضةً، ومن عشرةِ دراهمَ إلى خمسمائة، وأن يُسَلِّم شيئاً منه قبلَ الدخول، خروجاً من خلافِ مَنْ أوجبه، وما صحَّ ثمناً لزمَ بتسميته وصحَّ، إلا في حرَّةٍ تزوَّجَها عبدٌ برقبته بإذن سيده، فيبطُلُ النكاح، لأن صحتَه تقتضي إبطالَه، وغيرُه: كخمرٍ، وحَبَّةِ بُرٍّ، وآبِقٍ، ومجهول، وكلب، ومغصوب، يَفْسُدُ مسماه ويصحُّ النكاحُ بمهرِ المثل، وفي جوازِ إصداقِ ما ينضبطُ ويَعِزُّ وجـودُه وجهان، وقياسُ البيعِ إبطالُه إن كان معدوماً حالَ لزومه، وصحتُه إن أمكنَ وجودُه مع العزَّةِ، ويُستبدَلُ عنه إن أَيِس منه، ويجوز كونُه منفعةً معلومةً، كردِّ آبِقٍ من موضعٍ معيَّنٍ، فإن طلَّقها قبل الدخول ردَّه إلى نصفِ الطريق إن صلَح لبقائه ثَمَّ، وإلا لزمَه نصفُ أُجرةِ مثلِه، وإن طلَّق بعد الردِّ استردَّ منها نصفَ الأجرة، وإن تعذَّر الردُّ لزم مهرُ مثلِها.

ويلزمُ مهرُ المِثْلِ دون المسمَّى لشرطٍ مقصودٍ ليس من مقتضاه، ولا يُخلُّ بمقصوده لها، أَوْ له، كشرطِ أن لا ينفقَها[1]، أو لا يَقسِمَ لها، أو أن

---

(١) يريد: أن لا ينفق عليها.

تسكنَ مع ضَرَّتها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوَّجَ عليها، أو بألفٍ حالٍّ أو بألفين مؤجَّلَين، وكذا أنَّ ولَدَ الأمةِ أو بعضَه لغير سيدها، أو أن لأبيها[1]، أو أن يُعطيَه ألفاً أو بشرطِ الخيار في المهر، فإن شَرَطَ مقتضاه ـ كشَرْطِ إنفاقِها والقَسْم لها ـ صحَّ، وكذا لو شَرَطَ في عقدِ مطلَّقة ثلاثاً أنها تَحِلُّ للأول، كما جزم به الماوردي، وجزم به في «العُبَاب» وظاهر «الأَسْنَى» ترجيحُه، وحكى فيها الدارميُّ وجهين: وكذا يصحُّ ويَلْغو بما لا غَرَضَ فيه: كشرط أن يُسافِرَ هو أو يَهَبَ أجنبياً كذا، أو لا يأكلَ إلا كذا.

ويقعُ بمهر المثل إذا سُمِّي في نكاحِ المحجورِ أكثرُ من مهر مثْلها، إلا أن يكونَ الزائدُ من مال الوليِّ، فيقعُ به على ما رُجِّح؛ أو نَقَصَ عنه في المحجورة أو في غيرِها بما لم تأذنْ فيه، أو عما سَمَّتْه، أو الوكيل عما سَمَّى وليُّها، أو سُمِّي لثنتين شيءٌ واحد، إلا لأَمَتَيْه، أو تَضَمَّن إثباتُه رفعَه كأن يُصْدِقَ أبو الابن عنه أُمَّه، إذْ يُحكَم بمِلْكه لها قبلَ وجوبِه لو وَجَب، فيَعْتِقُ أو يزوِّجُ جاريةَ الابن وهو محرمٌ بصيدٍ لذلك. أو جَمَعَ بين صالحٍ وغيرِه: كعبدِه وعبدِ غيره واختارتِ الفسخَ لتفريقِ الصفقةِ كما في البيع، فإن أجازتْ فحصَّةُ الفاسِد بحسبِ قيمتِهما من مهر المثل مع الصالح، ويجبُ بجَعْلِ المسمَّى لغيرها: كتعليمِ ولدِها، لا عبدِها، ولا نفقةِ من هي لازمتُها، قال زكريا: فلو زوَّج أمتَه بشرطِ أن ما تَلِدُه للزوج يكونُ حراً: صحَّ، ويَعتق أولادُها منه، لأنه مالكٌ لأصلهم.

وإن شَرَطَ ما يُخَلُّ بمقصوده كأن يطلِّق، أو إذا وطىءَ، أو إن تَبِيْنَ به، أو أن لا تَحِلَّ له، أو أن النفقةَ على غيره، أو أن لا يَتَوارثا، أو أن لا

---

(١) أي: أن لأبيها قسطاً من مهرها. أو أن يعطي ألفاً زيادة على المهر.

يَرِثَ أحدهُما، كما في «الروضة» عن الحناطي فيهما، أو بشرطِ الخيارِ في أصلِ النكاح ـ بَطَل ـ، وفي مسألتي الإرث قولٌ بصحة العقد، وإلغاء الشرط، وصحَّحه البُلْقيني إذْ لا يُخِلُّ بمقصوده؛ وشَرْطُه على نفسه أن لا يَطَأَها، أو إلا ليلاً، أو مرةً: لَغْوٌ، وشرطُها عليه ذلك مبطلٌ على المذهب فيهما في «الروضة» وصحَّحه في «تصحيحه» وفي «البحر»: أنه مذهبُ الشافعي، لكن صحَّح في «الشرح الصغير» البطلانَ فيهما، وهو ظاهرُ إطلاقِ «المنهاج» ويُستثنى المأيوسُ من احتمالها له، فلا يضرُّ شرطُها له، وكذا مَن لا تَحْتَمِلُه حينئذ إذا شرطَتْه إلى الاحتمال، لأنه قضيةُ العقد، ذكره البغوي وقُرِّر، قال الزَّرْكشي وزكريا: وينبغي أن يكونَ المَمْسوحُ مثلهَا، ويجبُ بتلفِ المعيَّن قبل قبضه، وفسخُها بعيبه وتَعَذُّرِ تسليمه، ومنه: لو أَصْدَقَها تعليمَها بنفسه، ثم طلَّقها، قال الإمام ـ وصوَّبه السُّبْكي ـ إلا أن يكونَ قليلاً يمكنُ تعليمُه في مجلسٍ بحضور مَحْرَمٍ أو من وراء حجاب، وظاهرُ كلام الأكثرين خلافُه، قاله زكريا، وقال البُلْقيني: إلا أن تكونَ صغيرةً لا تُشْتَهى، أو صارت مَحْرَماً له برضاع حَصَلَت به الفُرقة، وكذا إن عادتْ إلى نكاحه، أقول: وفي الأخيرة نظر، لتخلُّل عدمِ القدرةِ على التسليم، فتعودُ لمهرِ مثلٍ وإن كان طلاقاً رجعياً، وكذا يَفْسُدُ المسمَّى بشرطه تعليمَ ما لا يَعرفُه بنفسه وإن قال لأتعلمه، ثم أعلِّمُها، ولا يصحُّ في ذمته إلا بوكيلٍ يَعْرف ذلك، وكذا في معرفة ذلك وليِّها أو وكيلَه، ولا تَكْفي رؤيتُه في كتاب، والظاهر الاكتفاء بسماعٍ له قبلُ.

وحيث تَلِفَ بعضُ الصداقِ المعيَّن قُبيل القبضِ تخيَّرت، فإنْ فَسَخَت: فمهرُ مثلٍ، وإن أجازت ـ والتالفُ مما يُفْرَدُ بالبيع كأحدِ عبدينِ ـ

فلها قِسْطُه من مهرِ مثلٍ بحسَب قيمتهما، وإن كان مما لا يُفْرد به فلا شيءَ لها، وحيثُ أصدقَها دَيْناً في ذمته وَصَفَه كالثمن، وجازَ الاعتياضُ عنه، كما سبق، وإن كان منفعةً ـ ولو صنعةً ـ كتعليمٍ، وخياطةٍ واعتاض عنها معيَّناً، أو دَيْناً في الذمَّة وعُيِّن في المجلس، كما جَزَم به في «العُبَاب» واقتضاه كلامهم، وهوالأوجهُ في «الأسنى» ورآه البُلْقيني، وأشار إليه في «الروضة» بحكايته أنه كالثمنِ، في الأظهر، فيجوزُ الاعتياض عنه، ثم حكى عن المُتَوَلِّي منعَه في المنفعة، ففَهم المُقْرِيُّ في «الروض» تقريره فمنعَ الاعتياضَ عنهما، وتَبِعه ابن أبي شريف، فتنبَّه له، وحيثُ أرادتْ إبدالَ من يتعلَّم عنها فَرَضِي: جاز، وإلا فلا يَلزمُه في الأصح، لاختلاف الناسِ في الفهمِ والحفظِ والخُلُقِ، ومِثْلُه الإجارة فيما يظهر.

## ٩٥٦ ـ مسألـة

لها ولوليِّها: حبسُها من التسليم لقبضِ المهرِ الحالِّ، وتجبُ نفقتُها بقولها: إذا سلَّمَ سلَّمتُ، ويسقطُ حقُّ الحبسِ بالوطء لا مكرهَةً أو ناقصةً بغير إذنِ وليِّها، وكذا به بلا مصلحة، وتُحبسُ صغيرةٌ لا تحتملُه، ويكره تلسيمُها، ولا يلزمُه قبولَها ولا تسليمُ مهرِها حتى تُطيقَه، ويَجبانِ في مريضةٍ سلَّمت، وإلا فلا، ولا يلزمُها حتى تطيقَ وإن طلبَها وهو ثقةٌ، كما قاله الغزالي، وجزم به الإمام، والمتولِّي، ورجَّحه الزركشي قال: وهو ظاهرُ نصِّ المختصر وجزم به في «العباب» وحَكَيا عن البغوي وجوبَه إن كان ثقةً وتَبِعه في «الروض» ولا امتناعَ لحائضٍ، فإن علمتْ أنه يطؤُها جَرَاءةً على الله تعالى فلا يبعُدُ جوازُه بل وجوبُه، قاله الإمام، وقُرِّر،

وحيث اختلفوا في الإطاقةِ أو ضيقِ منفذِها بحيثُ لا تحتملُه عُرِضَا[1] على أربعِ نسوةٍ ثقاتٍ، أو مَحْرَمَيْن، ويُحْكَمُ بما رأوه.

## ٩٥٧ ـ مسألـة

زَوَّجَ غريبٌ بنتَه ببلدٍ، ولم يُوَفَّ مهرَها، فله نقلُها معه إلى وطنه، كـذا جزم به في «العباب» وهو ما أفتى به القاضي حسين، وظاهرُه: وإن كان الزوجُ قد دَخَل بها، وتوقَّف الأذرعيُّ في إطلاقه، وقياسُه مجيءُ مثله في بالغةٍ أرادت السفرَ إلى بلدها مع مَحْرَم، قاله ابن العماد، وزوجةُ الغائبِ لا تُوَفَّى من ماله حتى تسلِّم ولو إلى الحاكم، على ما عُرِف في النفقة، صرَّح به البُلْقيني وغيره، قال زكريا: وتُشارك زوجةً أخرى دَخَل بها إذا ضاق مالُه بكلٍّ مهرها.

## ٩٥٨ ـ مسألـة

حيثُ وجبَ مهرُ المثل اعتُبِر بنسائها العَصَبةِ، أي: مَنْ في محلِّها، كالأَخَوات دون ذريَّتها، ثم الأرحامِ بترتيب الإرث إن اختلَفْنَ، ثم بالبلد، وكذا يُزَاد به إن اختلفْنَ به أو بغيره من الصفات، كالحَضَر مع البادية، وفي الأمةِ والعتيقةِ بمثلهما مع صفةِ الزوجِ شرفاً وخِسَّةً.

ويجبُ بكلِّ وطءٍ في نكاحٍ فاسد، وبشبهةٍ، فإن تعدَّدتْ كَظَنِّها زوجتَه مرةً، ومرةَ زوجتَه الأخرى، ومرةً جاريتَه: تعدَّدَ بكل ذلك، وكذا إن عِلَمَ خطأَه ثم وطئَها بتلك الشبهة، وكذا إن ادَّعى لازمهَا ثم وطىءَ

---

(1) هكذا في الأصل، ومقتضى عبارة «الروضة» ٧: ٢٦٢ أن تكون هـذه الكلمة: عُرِضَتْ، وهو مقتضى تتمة الكلام.

بها، قاله الماوردي وقرَّروه، ونَصُّ الشافعيِّ في وطءِ المكاتَبةِ، وهي من صورها، وكذا بوطءِ مكرهَةٍ، ولا يجبُ المهرُ بوطءِ حربيةٍ، أو مرتدَّةٍ ماتت بردَّتها ولو بشبهةٍ، ولا من عبدٍ لأمةِ سيده، ولا مطاوِعةٍ على الزنا ولو بسكوتها بلا امتناع.

## ٩٥٩ ـ مسألـة

يتقرَّرُ المهرُ بموتِ أحدِ الزوجين ولو قبلَ الدخولِ والفرضِ، إلا في نكاحِ مشركةٍ مفوِّضة ممن يعتقدُ سقوطَه به، ومَن فَسَخَت نكاحَها لعيبٍ أو غيرِه قبل الدخول: سَقَط مهرُها، وكذا إنِ اشترتْ زوجَها أو ورثَتْه بوَلاءٍ، فإن ورثتْ بعضَه سَقَطَ قِسطُها، ويسقُطُ بمُسخِها حيواناً، وسَبَق بزيادةٍ آخرَ الخيار، وبرضاعِ الصغيرِ أمَّه بغير فعلٍ من الأم، كما في «تدريب» البُلْقيني وغيره.

وحيثُ حَصَل الفراقُ ـ لا منها ولا بسببٍ فيها ـ قَبْلَه ارتدَّ له نصفُه، فلو عَقَدَ والمهر أنثى حاملٌ وطلَّقها وقد وَلَدَتْ تخيرَّت بين أن تعطيَه نصفَهما، أو نصفَ قيمتِهما لزيادةِ الولد بالولادة، وتُعتبَر قيمتُها بيومِها، ولا يفرَّقُ بينهما إلا إذا جاز، فله نصفُها ونصفُ قيمتِه إن لم تَسمْح به، ولو تلفَ المعيَّن لزمَها بذلُ نصفه، وكذا إن زالَ ملكُها عنه ولو بتعويضٍ منه أو بهبةٍ له، فإن كان دَيْناً فأبرأتْه منه: لم يَرجعْ بشيء، أو من نصفه: فهل له نصفُ الباقي، أم تَختصُّ هي به، وكأنها عجَّلتْ له حقَّه بالابراء؟ وجهان، قال زكريا: أوجهُهما الثاني، كما رجَّحوه فيمن وَهَبَتْه نصفَ المعيَّن وقلنا: الهبةُ تمنعُ الرجوعَ، كما هو القديمُ وقولٌ في الجديد، ومن أُصْدِقتْ تعليمَه لها وطَلَّق وقد علَّمها: رجعَ عليها بنصفِ مهرِ مثلِها، أو لم يعلِّمها فلها عليه نصفُه، فإنِ اختلفا: هل عُلِّمت؟ حلَفتْ على نفيه،

فإن أصدَقَها حُلِياً فكسرته وردَّته بهيأته: فإن شاءت أعطتْه نصفَه وإلا فقيمةُ نصفِه أولاً، أو بغيرِ هيأته: فلكلٍّ منهما الخيار، وهو لها في عبدٍ نسيَ صنعةً ثم تعلَّمها، لا في عبدٍ عميَ ثم أبصر، ولا نَقْصَ بكسرِ حُليٍّ محرمٍ، ونسيانِ جاريةٍ للغناء فعليه قبولُ نصفِها بلا أَرْشٍ، وتدبيرُ عبد الصداقِ؛ وتعليقُ عتقِه بصفةٍ مع يسارِها ـ لا وصيتُهما به ـ تمنعُه الرجوعَ بخلاف إحرامه وهو صيدٌ عقدَ به قبلُ فيرجعُ له نصفُه، ولا يلزمُ إرسالُه لشركتها.

وأفتى زكريا جزماً بأنَّ من رُوجِعَتْ قبل الدخول بسببِ استدخالِها ماءَ الزوجِ ـ حيثُ قلْنا به على ما يأتي أولَ الرَّجْعة ـ ثم طُلِّقت، ومات الزوجُ قبل الدخول أيضاً: أنه يُكَمَّل لها مهرُها بموته، والظاهر أن الطَّلْقةَ الثانيةَ ليست بقيد، وأنه يُتِمُّ لها وإن لم تَطْلُق بالأولى، ووجهُ ذلك أنه بالرَّجْعةِ تبيَّن أنه لم يُوْحِشْها، بل إذا أنشأَ الرجعةَ فتكميلُه بالموت ظاهرٌ، لأنه مات وهي في عصمته وترثُه، فالحكمُ في الحقيقة دائرٌ على الحكم بثبوتها به مع الموت وإن لم يُراجِعْ أصلاً، وبه يُعرف ـ بناء على ذلك ـ أن التشطير[1] لا يَتحقَّق إلا بالبينونةِ بالطلاقِ أو انقضاء عدَّته. في هذه المسألة، وإنما أطلقَ الاصحابُ وقوعَه بنفس الطلاق لأنه لا تقعُ الرَّجْعة إلا بعد الدخول غالباً أو مطلقاً عند من لم يَرَ الرجعةَ بالاستدخال، كما هو ظاهر إطلاق الأكثرين.

## ٩٦٠ ـ مسألـة

خالَعَها قبلَ الدُّخول على غيرِ الصداق: صحَّ، ولكلٍّ نصفُه، كما

(١) أي استحقاق الزوجة نصف مهرها.

سبق، أو عليه: صحَّ ويرجِعُ عليها بنصفِ مهرِ المثل، وإن جهِل التشطيرَ فله فسخُ مسمَّى الخُلْع، ليكون بينهما، لتفريق الصفقةِ، ولها مهرُ المثل، وإن خالَعَها على النصف الذي يبقى لها: صحَّ وخَلُص له، وكذا إن خالعَ به على أن لا تَبِعةَ له عليها فيه، أو على النصف مطلقاً: حُكِم بَشيوعه، فله ثلاثةُ أرباعِه ونصفُ مهر المثل، وبدلُ ما تَلف.

## ٩٦١ ـ مسألة

إذا أدَّى مهرَها غيرُ الزوج تبرُّعاً، ففارقها قبلَ الدخول، فكالثمنِ يقضيه عنه ثم يفسخُ البيع، وفيه خلافٌ، والمعتمد أن المؤدِّي إن كان أبا الزوجِ الطفلِ أو جدَّه ولو بقَصْد قَرْضِه له: رَجَعَ للطفل، لأنه يملكُ طَرَفَي التمليكِ في حقِّه، فكأنه وَهَبَه أو أقْرَضَه، ثم أداه عنه، وإن كان غيرَهما أو هما في ابنٍ كبيرٍ عادَ للمؤدِّي، وقد سَبَق في البيع.

## ٩٦٢ ـ مسألة

زوَّج أمتَه عبدَ غيرِه والصداقُ رقبتُه بإذنِ سيدِه: صحَّ وملكَه، فلو طلَّقها قبل الدخول عاد لسيدِه الأولِ نصفُه، ولو أعتقَها ثم اشتَرَتْه انفسخَ، كما مرَّ، فإن كان بعدَ الدخولِ فقد تقرَّر به الأمر، ولا يلزمُ بالفسخ شيءٌ، أو قبلَه: فلا مهرَ لها، لأنها فرقةُ فسخٍ هي سببُها، كما أفتى به موسى بن الزين، وأطلقَ الفقيه محمد بن أحمد بافضل والقماط وجوبَ قيمةِ العبدِ لها على بائعها، بناءً على ما نذكُره، وهو: أنه لو طلَّق العبدُ زوجتَه، أو انفسخَ نكاحُه قبلَ الدخول ـ وقد بِيعَ لآخَرَ أو عَتَق ـ فقد أطلق الشيخان أن نصفَ المهرِ أو كلَّه يَرجع للمشتري، وله إنْ عَتَق، وفيه

وجهٌ برجوعِه لمالكه عند العقد، ووجهٌ برجوعه لمن أدَّاه في ملكه، أوله إن أدَّاه بعد عِتقه، قال ابن السراج والبُلْقيني: وترجيحُهما مبنيٌّ على رجوعه لمن أدَّى عنه في المسألة التي قبل هذه، وأما على ما رجَّحاه من رجوعه للمؤدِّي فهو لمن أدَّى في مِلْكه، وله إن أدَّى بعد عتقه.

أقول: ويَحتَمِلُ أن الشيخين ـ لما كان العبدُ في قبضةِ السيد أتمَّ من وِلايته لطفله ـ رَأَيا تأديتَه للمهر عنه كما أدّاه عن الطفل، فيعودُ إليه أو إلى من يملكُه عند الطلاق، كما يَرجع للطفل ما أدَّاه عنه، ولذلك اتَّبعهما أكثرُ المتأخرين من غير اعتراض؛ فلو باع سيدُ الأمةِ المهرَ المعيَّنَ، ثم طلَّقها العبدُ رَجَع نصفُ بدلِه يغرمُه بائعُها لأنه فوَّته بالبيع،فلو كان العبدُ هو المهرَ: رجعَ بنصفِ قيمته، فإن كان هو سيدَها وقلْنا المهرُ لمن عَقَد في مِلكه، لم يلزمْ شيء، لأنه يكون له وعليه، فإن قلْنا: للمشتري، رَجَع على البائع بنصف قيمته، وكذا العبدُ إن عَتَق يَرجعُ على المعتِق بذلك، فكأن الفقيهَ محمداً والقماط بَنَيا على ذلك إلزامَ بائعِ العبدِ لها بنصفِ قيمتِه لسيدته المشتريةِ، بناءً عليه تَبَعاً للشيخين، كما تَبِعَهما غيرهما، وذلك مفروضٌ في مشترٍ غيرِها لم يكن الفراقُ بسببه كما صوَّرناه، فكذا إذا كانتْ هي السببَ في الفراق يَرجعُ لها بدلُه، لأن غايةَ ما فيه أن يكون كالفراقِ من قِبَل الزوجِ بطلاقٍ وهو موجِبٌ للرجوع، والظاهرُ أن ما أَفْتَيَا به أفقهُ مما قال موسى، فإن سقوطَ المهرِ بالانفساخِ إنما هو عن الزوجِ وعَوْدِه له أو لمالكه، لا للزوجةِ إن كانت بسببه، وقد فوَّته هنا من يَلْزَمه ردُّه ـ وهو بائعُ العبد ـ فيعودُ بدلُه إلى سيدته، وظاهرُ كلامِهما وجوبُ كلِّ قيمته، لأن الفسخَ لم يقعْ بفعل الزوج، والذي أَراه أنه لا يجبُ إلا نصفُها، لأن الفسخَ وَقَع بسبب مالكته، والمهرُ عائدٌ إليها، فيكون فعلُها

كفعله بشرائه زوجتَه، أو كان حراً، أو إرضاعِ سيدةِ العبد إذا كانت أخته زوجته الصغيرة فلا يعودُ به إلا نصفُ المهر، وينبغي إدامةُ الفِكْر فيها، والله الموفق للصواب.

## ٩٦٣ ـ مسألة

لا أجرةَ لمنافعِ المهرِ المعيَّن الفائتةِ في يدِ الزوجِ، أو بانتفاعه ما لم تَقْبِضه، ولها أجرة ما فات بيدِ غيرِه أو فعلِه.

## ٩٦٤ ـ مسألة

حيثُ فسدَ المسمَّى فأبرأتْه منه: لم يقعْ إبراؤُها عن مهر المثل، إذْ هو غيرُه، ولم يصحَّ، وإن فَسَد النكاحُ ففسَد بفساده، ثم وطئَها فأبرأتْه عن مهرها ظانَّةً صحةَ العقد: قال أبو شكيل: فالظاهر براءتُه إن استَوى المسمَّى ومهرُ المثل، لصحة ذلك فيه وعِلْم قَدْره، وإن أبـرأتْه من المسمَّى ـ وهي عارفةٌ أن مهرَها فاسدٌ ـ ففيه احتمالٌ، لأنه من وجهٍ غيرُ المعيَّن، مع أن الصحيحَ عند أصحابنا أنه لا يضرُّ اختلافُ الجهة. انتهى، والظاهرُ في الثانية البطلانُ كمن قال: زوجتي هندٌ طالق، وليس له امرأةٌ تسمَّى هنداً، مع أن في الأولى نظراً.

## ٩٦٥ ـ مسألة

لو كان الصداقُ منفعةً عينيَّة مؤقَّتةً بزمن، كمنفعةِ دارٍ، وخدمةِ عبدٍ، فأبدلاها بغيرها، جازَ قطعاً، كما في «الروضة» كالمستأجِر يُؤْجِر.

## فصــل

تجبُ المُتْعةُ على الزوجِ لزوجتِه بفراقها بطلاقٍ أو لعانٍ، وكلٍّ فراقٍ لا منها أو بسببها، ما لم يتشطَّر المهرُ ولو عبداً، وهي كمهره، ولو كان الفراقُ بسببِ غيرِه ـ كإرضاعِ أُمِّه زوجتَه ـ ولا رجوع له وللأمة لسيدها، فإنْ أسلَم أبو صغيرةٍ كافرةٍ وأوجبَ فراقَها: فلا مُتْعةَ، وكذا لو ارتدَّا معاً، كما في «العزيز» وفي مثله من المهر يتشطَّر لسَبْقه على الفُرْقة، وكذا في فراق مملوكَيْه، ولا مُتعةَ لمن ملَّكها زوجَها، إذ تقعُ للمتملِّك فلا تثبُتُ له على نفسه، ولو كان الطلاقُ رجعياً فراجَعها: قال أبو شكيل في «شرح الوسيط» وابن السَّبتي: فلا متعةَ لها، أي: فتردُّها إن كانت قَبَضَتها، واختاره الجلال الأُسيوطي، وأفتى بعضُهم بوجوبها لها، وهو ظاهرُ عمومِ كلامِهم، كما قاله الأسيوطي، ولكن لا تتعدَّدُ لو تعدَّدَ الطلاق في العِدَّة كما ذكره ابن [قاضي] شُهْبَة، وقال ابن الزين: هو الحقُّ، إلا أن يُراجِع ثم يطلِّقَ فيتجدَّدَ لذلك، وأفتى ابن كَبَّن، وابن الخياط بتعدُّدها مطلقاً، وظاهرُ كلامِ بعضِهم أنه لو مات في العِدَّة قبل أن يُراجِع: لم تجبْ مُتعةٌ، وبه صرَّح المُنَاوي بناءً على ما اختاره أن لا مُتعةَ لرجعيَّة، وهو محمولٌ على غيرِ منِ انقضتْ عِدَّتُها قبلَ الرَّجعةِ كما صوَّر به أبو شكيل، ويُؤخذ من العلَّة: أنه لو مَلَكَ بعضها استحقَّ شريكُه قِسْطَه منها، ويُسَنُّ أن لا تزيدَ على نصف مهر المثل، وأن لا تنقص عن ثلاثين درهماً.

## ٩٦٦ ـ مسألـة

ادَّعى إيفاءَ الصداقِ وأنكرتْ، فالقولُ قولُها، وكذا المُتْعةُ قياساً، فإن كان قد أعطاها شيئاً وقال: نَوَيْتُه عنه: قُبل، لأنه أعرفُ بقَصْده وإن كان

من غير جنسه، فإن بقيَ ردَّته، وإن تلفَ فبدلُه، ويُوفِّيها مهرَها، قال شيخنا: وقولُهم هذا شاملٌ لما أدَّاه قبلَ العقد وبعده، أقول: ولكن العلَّة تُنافي ما قَبْلَه، فيكونُ كمن ادَّعى كونَ الدَّفع بعِوَضٍ، وادَّعى الآخذُ هبةً ولا دَيْنَ له، وقد سَبَق ما فيها آخر الغصب.

## ٩٦٧ ـ مسألة

من أَصْدَقَ جاريةً ثم وطئها قبلَ الدخول، لم يحدَّ، لأن من العلماء من يقولُ: لا يملك قبل الدخول إلا نصفَه، أو بعد الدخول حدٌّ، إلا إن جَهِل قريبُ عهدٍ بالإسلام، أو ببلدِ العلم.

## فصل في الوليمة

هي: جمعُ الناس للطعام مع سرورٍ غالباً، وتَقَعُ بلا سببٍ وتسمَّى: مَأْدُبَة ـ بدال مهملة تضمُّ وتفتح وموحَّدة ـ وتتأكَّد به، وتُسمَّى للختان: إعْذاراً ـ بذال معجمة ـ وللولد: عقيقةً، ولسلامة الولادة: خُرْساً ـ بضم الخاء المعجمة وسينٍ مهملة، ويقال: بالصاد ـ، ولقُدوم السفرِ منه ومن غيره وهي أظهر: نَقِيعةً، وللبناء: وَكِيرةً ـ من الوَكْر أي: المأوى ـ ، ولحفظ القرآن: حِذَاق ـ بكسر المهملة ثم المعجمة ـ ، وللمصيبة: وَضِيمة ـ بالمعجمة ـ .

وأقلُّهنَّ: ما أنفقَ[1]، وأقلُّ الكمال للقادر شاةٌ، وآكدُها ما للعُرْس، وإطلاقُ الوليمة عليها أشهر، ومنها ما عند الإملاك، وقد عدَّها بعضهم، قال الأذرعي: وهي لخِتانِ البنت مما يُستحى منه، فإما أن لا تُسْتحب أو

(١) يريد: ما تيسَّر دون كُلْفة.

تُخَصَّص بالنساء، وأطلق زكريا أنه لا يُستحب فيها، ومحلُّه في السفر الطويل مسافةً أو غَيبةً على الظاهر للأذرعي؛ وظاهرُ الحديث وجوبُ إجابتها في غير العُرْس، وبه أجاب جمهور العراقيين كما قاله الزركشي، واختاره السبكي وغيره، والراجح عندنا لا تجبُ إلا فيه، ويؤيِّده أن عثمان ابن [أبي] العاص لم يُجِبْها في خِتان، وقال: لم نَكُنْ نُدْعَى له في عهد رسول الله ﷺ رواه أحمد في «مسنده»[١].

ولا تجبُ على قاضٍ لشُغْله، ولا لذميٍّ وتستحبُّ، وإنما تجبُ إن لم يخصَّ الأغنياءَ لغِناهم دون الفقراء، ولم يُدْعَ لطمعٍ، أو خوف، ولمن عيِّن بطلبٍ لابتداءٍ عامٍّ، ولا بمحضَر من يُتَأذَّى به أو تَقبُح مجالستُه، أو ثَمَّ منكرٌ لا يزولُ بحضوره فيحرُم حينئذ، فإن زالَ وجبَ لذلك أيضاً، ومنه فَرْشُ حريرٍ، وجلدِ نَمِرٍ بَوَبَره، ومغصوبٍ، وصورٍ منصوبة، لا في مستعملٍ: كطَبَقٍ وقَصْعة، أو يُمتهَنُ: كبساطٍ ومُتَّكَأ، وإن كان أصلُ تصويرها حراماً، وهل يجوزُ دخولُ بيتٍ فيه صُوَرٌ ممنوعة؟ وجهان: بالتحريم قال أبو محمد، وبالكراهة قال الإمام، والغزاليُّ والأكثرون، وصوَّبه الإسنوي، وجزم به في «الأنوار» ،لكن في «البيان» عن الأصحاب: التحريم، قال زكريا: فمسألةُ الدخولِ غيرُ مسألة الحضور، لا ما فَهِمه الإسنوي أنهما شيءٌ واحدٌ، أي: فيحرُم الحضور وهو التقرُّرُ[٢] موضعَ الاجتماع، وفي الدخول فقط الخلافُ، ولو صَنَعها وليٌّ من ماله فيما لمحجوره: فَكَفِعْلِ الكامل لنفسه، كما استظهره الأذرعيُّ وقُرِّر، ولو كان في ممرٍّ أو حمَّامٍ صورٌ لم يكره دخولُه، وليس كالبيت، لعدم

---

(١) «المسند» ٤ : ٢١٧ وفيه عنعنة ابن إسحاق وشيخه ابن كريز لم يوثقه إلا ابن حبان. وانظره في «المطالب العالية» ٢ : ٤١ مع التعليق عليه.

(٢) أي: الاستقرار.

الامتهان، ولو حَضَر جاهلاً بالمنكر: أنكَرَهُ إلا على معتقِدٍ حِلَّه لشبهةٍ كالنبيذ[1]، فإنْ أَصَرُّوا خَرَج، فإنْ تعذَّر قَعَدَ كارهاً متغافِلاً كما لو فُعِل بجواره، ولا يُعْذَر[2] بشبعٍ، وزحمةٍ، وعداوةِ الداعي، أو حاضرٍ.

ثم قال الماوردي والرُّوْياني وأعذارُ تركِ الجماعةِ أعذارٌ في ترك الإجابة، وفي «العُبَاب»: لا تلزمُ إجابةٌ في دعوةِ ظالمٍ، أو فاسقٍ، وفاعِلها للمباهاة، والمرأةُ تُجيبها المرأةُ وكذا الرجل إلا مع خَلْوة، أو طعامٍ يخصُّه مع خوف فتنة، ويحرمُ التطفُّل لا بالانبساط لمن يعلم رضاه، أو في مبسوطه للعموم، ويملِكُ المدعوُّ الطعامَ بازدراده، ويُطْعم الحاضرين إن شاء، لا السائلَ، والهِرَّة والخادمَ إلا أن يَعْلَم رضاه، ولا يجوزُ لمن خُصَّ بعالي إطعامُ مخصوصٍ بـدُونٍ، ولا للأراذل ما قُدِّم للأماثل، ولا أكلُ أكولٍ مسرفٍ جَهِلَه الداعي فوقَ العُرْف، ولا لُقَم كبار مع قلَّة الطعام، أو إسراعِهِ ليَحْرِمَ سواه ويزيد هو، والإيثار هنا محبوب.

## ٩٦٨ ـ مسألـة

الضيافةُ إطعامُ الوافدِ، وهي للغريب أظهر، وهي سُنَّة، ويكـرهُ التكلُّف، ويسنُّ الإكرام بلائقٍ به، وإتحافُه في أولِ يومين بطيِّبٍ، ثم ما اتَّفق، وليس للضيف إقامةٌ فوقَ ثلاثٍ إلا بطلبِ المُضِيف، أو عِلْم رضاه.

## ٩٦٩ ـ مسألـة

من آداب الأكل نَزْعُ النعل، ويُسنُّ مؤكَّداً جداً التسميةُ أولَه، فإن

---

(١) فلا إنكار إلا فيما هو متفق على تحريمه، أو كان الخلاف فيه ضعيفاً كالتصوير، والمعازف، فالخلاف فيهما ضعيف لا يلتفت إليه.

(٢) أي: في عدم إجابته الدعوة.

تركَها ففي أثنائه، ويقول: بسم الله أولَه وآخِرَه، قال زكريا: وكذا بعده فيما ينبغي، ليتقيَّأ الشيطانُ ما أكل، فلو سَمَّى بعضُ من حَضَر كفى، نصَّ عليه الشافعي، قال شيخنا عبدالله بن أبي فضل: وهو محمولٌ بالنسبة إليهم، لا لمن حَدَثَ فيتجدَّد بعد حدوثه إن لم يسمِّ، للحديث: إن الشيطانَ يَستحلُّ به الطعام إذا لم يسمَّ(١)، والحمدُ بعده، ويجهرُ بهما، ومثلُه الشُّرب، وغسلُ اليدِ قبلَ الأكل وبعدَه، ويبدأُ به المُضِيف أولاً ويتأخَّر آخِراً.

ويُكرهُ الأكل متكئاً للحديث(٢)، قال النوويُّ: قال الخطابي: وهو هنا الجالس معتمداً على وِطاءٍ تحته بهيئةِ من يريد الإكثارَ من الأكل، وأشار غيره إلى أنه المائلُ على جَنْبه ومثلُه المضطجع بالأَوْلَى، ويُكْره تقريبُ فِيه من الطعام بحيث يقعُ فِيه ما وقع منه، ونفضُ يدِه فيه، والأكلُ مما يلي غيرَه، ومن الوسط، لا ما يتنقَّل به كالفاكهة، فإن آذى حَرُم، وعليه حُمِلَ إطلاقُ النصِّ حرمتَه، والبُزَاقُ والمُخَاط حالَ الأكل إلا لضرورة، والأكلُ بالشمال، ولا يكرهُ قائماً لكن في القعود أفضلُ، وكذا الشُّرب، وقيل: يكرهُ ورُجِّح، وقيل: خلافُ الأولى، ويسنُّ تَقَيُّؤُه مطلقاً،

---

(١) الحديث في صحيح مسلم عن حذيفة في كتاب الأشربة ـ باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما ١٣: ١٨٨ أنه حضر مع النبي ﷺ طعاماً فجاءت جارية مسرعة لتضع يدها في الطعام، فأخذ ﷺ بيدها، ثم جاء أعرابي كذلك، ففعل معه كذلك، وقال: «إن الشيطان» يستحل الطعام أن لا يُذْكَرَ اسم الله عليه، وإن جاء بهذه الجارية ليستحلَّ بها فأخذت بيدها، فجاء بهذا الأعرابي ليستحلَّ به فأخذت بيده، والذي نفسي بيده إن يده في يدي مع يدها» ولفظ أبي داود ٤: ١٣٩ (٣٧٦٦): «إن يده لفي يدي مع أيديهما».

(٢) روى البخاري في صحيحه كتاب الأطعمة ـ باب الأكل متكئاً ٩: ٥٤٠ (٥٣٩٨) عن أبي جُحيفة مرفوعاً: «إني لا آكل متكئاً».

وفي «الأنوار»: كراهةُ الشرب للماشي، لا للقائم، وفي «مختصر» الفقيه محمد بافضل: لا يكرهان للقائم.

ومن سُنَنه: تركُ قطعِ اللحمِ والخبزِ، بل يُكسر الخبز، وجَعْلُ البقل على المائدة، والبَدْءُ والخَتْمُ بالملح، ولا يُوضعُ على الخبز غيرُ ما يُؤْكَل به، ولا يمسحُ به يدَه، ولا يَجمعُ فاكهةً ونَوَاها في طَبَق، وجَعْلُ النوى على ظهرِ كفِّه اليسرى ثم يُلْقيه، ويُمَيِّزُ ثُفْلُ الطعام ورديئُه وحده، ولَعْقُ الأصابع بعد الفراغِ ـ ولو بغيره ـ لا وَسْطَه، ولا يَنظُرْ أكلَ صاحبِه، ويُرَغِّبُ المُضِيفُ الضيفَ في الأكل إن لم يَعْلَمه اكتفى، فيقول ثلاثاً: كُلْ، ولا يزيدُ، ولا يُقْسِم عليه، ويسنُّ أكلُ ساقطٍ لم ينجُسْ، أو يُطَهِّرُه إنْ أمكن، ويجدِّدُ التسميةَ له، ويَلْعَق الإناء، ويكره قَرْنُ تمرتينِ ونحوهما مع غيره إن لم يَعْلَم رضاه، فإن كان شريكاً حَرُم، ويكرهُ لكلٍّ ذَمُّ طعامِ غيرِه، لا طعامِ نفسِه، ولا ذمُّ صانِعه كما في «العُبَاب» ولا يكره الشُّرب من إبريقٍ وكوزٍ، ويندبُ نَظَره قبلُ، ومصُّه إلا اللبنَ فَعَبّاً[1]، وأن لا يشربَ من ثُلْمَة الإناء، ولا حالَ الأكل بلا حاجة، ويكرهُ من فمِ القِرْبة، والكَرْعُ[2] بفَمِه بلا عذر، والتنفُّسُ فيه، والنَّفخ في الإناء.

ويندبُ الترحيبُ بالضيف، وإظهارُ السرور به، وإذا اجتمعوا عَجَّل، ولا ينتظُرُ واحداً أو اثنين إلا فقيراً يَنْكَسِر قلبُه، ويُخْبِرهم، ويُعَرِّفُ الثَّاويَ[3] القِبْلَةَ، وبيتَ الماء، والوضوء، ويُشَيِّع من حضر إلى باب الدار. ومن تَبِعه عند الدعوة غيرُه لم يمنعْه ولا يأذنُ له بل يُعْلِمُ الداعي،

(١) المصُّ الشُّرب برفق، والعَبُّ: الشرب من غير تنفسٌ.

(٢) الكرع: شرب الماء من موضعه، أي: من النهر، أو البِرْكة، أو الحوض الصغير، أو نحو ذلك، ولا يشـربه بكفيه أو بإنائه المعهود.

(٣) من تطول إقامته من الضيوف، لذلك يعرِّفهم صاحب البيت بما سيحتاجون إليه.

فإن أَذِن له وإلا رَجَع، ولا يتبرَّم هو، وينبغي له الإِذْنُ حيث لا ضَرَرَ، ومن دخل على من يأكلُ فطلب مساعدتَه رغبةً فيه أكلَ، أو حياءً فلا، ويقرأ بعده سورتَيْ قريشٍ والإخلاص، ويسنُّ التخلُّل، ورَمْيُ ما أخرجه الخِلَال، وابتلاعُ ما أخرجه لسانُه[1]، وكذا ما أخرجه بيده، نقله العَبَّادي، عن الشافعي.

## ٩٧٠ ـ مسألة

يجوزُ نثرُ سُكَّرٍ ودراهمَ في نحو إملاك، وتركُه أولى، إلا إذا استوى الحاضرون فيه، ولم يُزْرِ بهم فلا بأس به وبالتقاطه، ومن التقطه أو وَقَع في حِجْره وقد بَسَطَ له: مَلَكَه، لا إنْ وَقَع بلا قصد، ولكنه أولى به ما لم يَسْقُط، ومن لَقَطَه لم يَزُلْ مِلْكه بسقوطه، وأَخْذُه من الهُوِيِّ مكروهٌ، ويُمْلَكُ به، ويَمْلِكُ السيدُ ما التقطه رقيقُه.

## ٩٧١ ـ مسألة

وقتُ وليمةِ العُرسِ قبل الدخول وبعده، كما في «شرح مسلم» يعني: بعد العقد، كذا قال الناشِري في «إيضاحه»: إنه ظاهر، وإن ما قبله لا يُسمَّى عُرساً، فلا تجبُ الإجابة، وهي بعد الدخول أولى، وتجبُ فيما بينهما وكذا في «الإسعاد» نحوُه. أقولُ: وفي حديثِ تَزَوُّج فاطمة بعليٍّ رضي الله عنهما الإيلامُ بينهما، وفي عدمِ وجوبِ الإجابةِ إذا لم يعقِدْ ونيَّتُه تعقيبُها بالعقدِ والدخولِ سريعاً، وكونِها لا تُسمَّى وليمةَ

(١) في «النهاية» لابن الأثير ٣: ٤٦١ مادة ف غ م: «كُلُوا» الوَغْم واطوحوا الفَغْم: ... أي: كلوا فُتات الطعام، وارموا ما يخرجه الخِلَال». وقال ٥: ٢٠٩ في مادةو غ م: «الفَغْم: ما أخرجتَه بطرف لسانك». وراجعه.

عُرْسٍ: نَظَرٌ، بل الظاهرُ الاكتفاء بها وبوجوبِ الإجابة للعُرْف؛ ثم الأصلُ في استحبابها أن تكونَ من الزوج، فلو قامت به المرأةُ أو وليُّها: فالظاهر الاكتفاء بها، وجريانُ أحكامِه عليهما، للعُرْف في ذلك، ولأنها تسمَّى وليمةَ عُرْس.

ثمّ وجوبُ الإجابة مختصٌّ بمن دُعي للوليمة أولُ يومٍ عُمِلَتْ فيه، وفي الثاني سُنَّة، وبعده رياءٌ وسمعةٌ، كذا في الخبر، ومتى اتصلتْ ولم يتسعِ الأولُ لاستيعاب الناس ـ لكثرتهم، أو لضيقِ منزله وغيرِ ذلك ـ قال الأَذْرَعيُّ: فذاك في الحقيقة كوليمةٍ واحدةٍ دُعِيَ الناس إليها أفواجاً في يومٍ، قال الزركشي: فلو أَوْلَمَ في يومٍ مرتين، فالظاهر أن الثانيةَ كيومٍ ثانٍ، قال زكريا: ويقيَّدُ بما نقلناه عن الأذرعي من أنه فيما يُرادُ للتكرار، لا لعدم اتِّساع الزمان، كما سبق وقُرِّر كلُّ ذلك.

## ٩٧٢ ـ مسألة

لو أراد التَّسَرِّي بجارية، فهل يُسَنُّ الإيلام؟ لم يذكروه، وظاهرُ كلامِهم عدمُ ذلك، قال ابن النَّحْوي: وفي حديثِ وليمتِه ﷺ على صفيَّةَ ما يُؤْخذ منه سُنَّة، أقول: والمعروف في قصةِ صفيَّة أنه ﷺ أعتقَها وتزوَّجها، ولا يبعُد ذلك في سُرِّية لها شرفٌ أو كمالُ خَلْق أو خُلُق يُريد إكرامَها، كما في قصة صفية، ولم يُذكَر شيءٌ من ذلك في تَسَرِّيه ماريةَ وريحانةَ، فهو دليلٌ على أن الأصلَ عدمُ استحبابه.

# بـاب القَسْم والنُّشُوز

لا قَسْمَ لناشِزةٍ وأَمَةٍ لم تُسْلِم[1] كحرَّةٍ ومجنونةٍ لا تُؤْمَن، وله دعاؤُهُنَّ إلى بيته لا إلى بيتِ إحداهنَّ، وإن أَجَبْنَ فلها المنعُ وإن كان مِلْكَه، بخلاف السراري، وله دعاءُ بعضٍ، والذهابُ إلى بعضٍ بقُرْعةٍ، كما بحثه الرافعي وقُرِّر، ونقل عن النصِّ: ولشابَّةٍ يُخْشى عليها، وكذا لذاتِ عُذر كمرضٍ، أو حِشْمة، أو منصبٍ لا تَبرزُ عادةً، قاله الماوردي وأشار إليه في «النهاية» واستحسنه الأذرعي، وجزم به في «العُبَاب» واستغربه الرُّوْياني، وظاهرُ إطلاقِ الأكثر - وصرَّح به ابنُ كَجٍّ - منعُه، وأن تُحملَ إليه المريضةُ ومُؤْنَتُها عليه، والأقربُ حملُ ذلك على المرض الشديد، وهذا على غيره، قاله ابن أبي شريف، ومن لم تُجِبْ - ولو لشُغْل - ناشزةٌ، ولا يُكَلَّفه المجنونُ إلا أن يكونَ قد لزِمه في إفاقته حقُّ بعضٍ فَطَلَبَتْه، فيطـوف به وليُّه لقضائه، قال البغوي وغيره: وليس عليه مراعاتُه في جنونه، حتى لو أقام عند واحدةٍ لم يَقْضِ، وأخذ به الشيخان، وتَبعهما في «العُبَاب» و«الروض» وقال المُتَولِّي: يراعيه فيه حتى تأخذ كلُّ واحدة نَوْبَتَها فيه، أي: فإن فاتَ إحداهنَّ شيءٌ قضاه في أيامهِ

---

(١) لم تُسْلِمْ نفسَها لزوجها.

واستحسناه، ونَقَلا عن أبي الفرج وجهاً بوجوب قضاء ما فات، ونَقَله الأذرعيُّ عن النصِّ، وصوَّبه الزَّرْكشي، قال زكريا: ويصحُّ حملُه على ما قاله المُتَولِّي، وحيثُ كان له مصلحةٌ في طوافه عليهنَّ أو مَيْلٌ إليهنَّ: وَجَبَ على الوليِّ كما في «الروضة».

## ٩٧٣ ـ مسألـة

للحرَّةِ مِثْلَا الأَمَةِ، ولا يجوز لها ثلاثاً وللأَمَة ليلةٌ ونصفُها، والمبعَّضةُ كالأَمَة، نصَّ عليه وصرَّح به الماوردي، فإن عَتقتْ في ليلتها: فإن بدأ بها وعَتِقت في ليلتها: وفَّاها كحرَّة، أو بعدها ولو في نهارها: قال الإمام وغيره: فقد استحقَّتِ الحرَّةُ مثلَيْها فتُوَفَّاه، ثم يُسَوِّي، وبه أخذ صاحب «الروض» وقال البغوي: لا، بل إن عَتقَت أولَ ليلتَي الحُرَّة وفَّاها كَهِيَ، أو بعدها قبل الثانية: استأنَفَ، وكذا في الثانية، ويخْرُجُ من عند الحرَّة حالاً، ولم يرجحِ الشيخان شيئاً، وصحَّح الزركشيُّ والبُلْقينيُّ الثاني، وحكاه الشيخ أبو حامد والعراقيون عن نصِّ القديم، وليس في الجديد ما يُخَالفه، وإن بدأَ بالحرة فعَتَقت الأمةُ في أول ليلتها أو تابعها أَوْفَاها كحرَّةٍ، أو في أثناء الثانية، فإنْ أَتَمَّها أعطى الأمةَ ليلتين، كما سبق، وإن خرج من عندها حالاً سقط ما مضى من تلك الليلة، وفي المسألة إشكال. وقال بعض الأئمة ـ وأظنُّه الماورديَّ ـ : ومحلُّ التدارك للأَمَةِ فيما بعد عِلْمها بالحريَّة، فلو تبيَّن عِتْقها بعد أن قَسَم لها قَسْم الأمةِ أدواراً لم يَقْضِها، وقُرِّر، قال ابن الرِّفعة: والقياسُ وجوبُ القضاء لها، قال زكريا: ويجبُ الجزمَ به عند علمِ الزوجِ بذلك، وحيثُ سافر بها السيدُ في ليلتها أو قبلها، قال المتولِّي: فحقُّها باقٍ إلى التمكُّن، قال الأذرعيُّ: وسَبَق إليه القاضي، ونصُّ «الأمِّ» يردُّه، وذكـره.

## ٩٧٤ ـ مسألة

للزوجِ السفرُ بزوجته وإن كانتْ غيرَ رشيدةٍ وهو غيرُ أمين، كما ذكره ابن عبسين، وتجبُ عليها موافقتُه إنْ أُمِنَ طريقاً ومَقْصِداً، وليس له أن يسافرَ لنُقْلةٍ ويتركَهنَّ، بل ينقلهنَّ ولو بوكيله، أو يطلقهنَّ، وإلا أَثِمَ، قاله الغزالي وتَبِعوه، وليس له السفرُ ببعضٍ دون بعض، ولا استصحابُ بعضٍ وبعثُ البعضِ مع غيره إلا بقُرْعةٍ أو رضا فيهما، نعم إن كانتْ مريضةً فتركَها لأجله عُذِر، ولا قَسْمَ لها، كما نقله البُلْقيني في «التدريب» عن الماوردي وأقرَّه، وذكر صاحب «كتاب الثمرة» أنه لا يجبُ على من نُكحتْ في بلدٍ صحيحٍ الانتقالُ لبلدٍ فيه وباءٌ. أقول: وقد يُدَّعَى دخولُه في اشتراط الأمن، وهو الظاهر فيما وباؤُه ظاهر، قال ابن الصلاح: وله نقلُها من الحضر إلى البادية وإن كان عيشُها خَشِناً لأن نفقتَها مقدَّرة، وليس له سدُّ بابِ مسكنِها ولا منعُها من الحِرْفة فيه، وله غَلْقُه عليها إن خافَ ضرراً. وحيثُ سافرَ لا لنُقْلَةٍ ببعضِهن حيثُ جاز فلا قضاءَ لهنَّ مدةَ غيبتِه حيثُ يحكم له بالسفر في جوازِ تركِ الجمعةِ ونحوه إلا أن يكونَ عاصياً بسفره، كما أشار إليه الغزالي، وبيَّنه الشيخان وقرَّراه وتَبِعوهم، وصرَّح القفال بأنه لا يلزمُها موافقتُه في ركوب البحر، وتبعه الإسنوي والمُزَجَّد، وخصَّه البُلْقيني بما لا تَغْلب فيه السلامة أو يلحقُها ضررٌ في حالها، فإن ادَّعتْه صدِّقتْ، قال موسى بن الزين: وينبغي اعتمادُه، واحتَمَلَه أو المنعَ مطلقاً القَمُوليُّ، وظاهر كلامِ القفالِ والقاضي أن لها ولوليِّها الامتناعَ من السفر معه حالَ الأمنِ قبل قبضِ المهر وإن كان قد دَخَل بها، وقُرِّرا.

ومن له زوجتانِ ببلدَيْن يجبُ القَسْم لهما بذهابه، أو طلبِهما بوجهه، قال أبو شكيل: ولا يقيمُ مع واحدةٍ ويتركُ الأخرى إلا برضاها، فإن كان

إقامتُه لحاجةٍ يعودُ إذا قَضَاها: قَضَى للأُخرى مدةَ إقامتِه عندها، ولا يأثَمُ إن كان بينهما مرحلتان، وكذا أقلُّ في الأصح، لإلحاقه بالطويل، وعلى الثاني المرجوحِ لا يُقيم عندها إلا ثلاثاً وإلا عَصَى يعني: وبعد الثلاثِ إن سافَرَ وإلا اعتَزَلَهما. انتهى.

## ٩٧٥ ـ مسألة

مَنْ وَهَبَتْ لزوجِها أو لإحدى زوجاته نَوْبَتَها فَرَضِيَ جاز وكانت إلى خِيْرته، ولها الرجوعُ، ولا قضاءَ لما فات قبل عِلْمه به، قال البُلْقيني في «التدريب»: وينبغي أن يكونَ علمُ الزوجةِ الموهوبةِ كعِلْمه.

## ٩٧٦ ـ مسألة

للزوجةِ الجديدةِ ولو بنكاحٍ ثانٍ ـ لا برَجْعة ـ حقُّ الزِّفاف: سبعُ ليالٍ إن كانت بِكْراً، وثلاثاً إن كانت ثيِّباً، قالوا: ولا يجبُ إلا لمن له زوجةٌ يبيتُ معها، لا لمنفـردة، أو مع زوجاتٍ لا يبيتُ معهن، وقال في «شرح مسلم»: الأقوى المختارُ: وجوبُه مطلقاً، لخبرٍ في مسلمٍ، قال ابن عبد البَرِّ: وهو مذهبُ أكثر العلماء، وردَّه البُلْقيني بأن في مسلمٍ طرقاً مصرِّحة بمن عنده زوجةٌ أو أكثرُ غيرُها، فهي مقيِّدةٌ للرواية المطلقة، ولا يتخلَّف فيه عن الجماعات والجنائز والعِيادة ونحوها، قال الشيخان: إلا ليلاً، وهو يقتضي منعَه فيه إلا برضاها، قال الأذرعيُّ: وهو طريقٌ شـاذٌّ لبعض العراقيين، وقضيةُ نصوصِ الشافعي، والقاضي، والبغوي وغيرهما أن الليل كالنهار، وصرَّح به الجُوَيني في التبصرة، والغزالي في «الخلاصة» نعم العادةُ تخصيصُه بزيادة إقامة، فيراعَى ذلك.

## ٩٧٧ ـ مسألـة

ومن لزمه قَسْمٌ لامـرأة فطلَّقها عَصَى، فإن كان رَجْعياً وجب عليه رَجْعتُها، كما ذكروه في باب الطلاق ليوفِّيهَا، ويقضي أيضاً مَن آثَرَ إحداهنَّ لإكراه أو خوف إذا زال، وإن كان لا يأثُمُ أولاً للعذر، ذكره أبو حميش، قال: ومن لم يُرِد القَسْمَ وأراد أن يدورَ عليهنَّ في ساعةٍ فهل يجوزُ أن يبدأ بمن شاء أو بالقُرْعة؟ جوازُه محتمِلٌ، لأنه لا قَسْم عليه ولا نَقْل فيه، لكن في الأذرعي عن الدارمي ما يؤيِّده، ومن ظُلِمتْ ثم عادتْ ولو بنكاحٍ جديد قَضَى لها ما ظلمها إن بقيتْ معه مَنْ ظَلَمها بها من نَوْبتها، وإلَّا فلا يلزمُه ذلك على الأصح، وقيَّد ابن الرِّفْعة العصيانَ بما إذا كان الطلاقُ بغير طلبها.

## ٩٧٨ ـ مسألـة

لو قسم لثلاثٍ فَنَشَزَت الرابعةُ في ليلتها سقطتْ، فإن عادتْ للطاعة ليلاً استحقَّتْ باقيَه.

## ٩٧٩ ـ مسألـة

إذا حُبِس الزوجُ فدعا بعضَهنَّ إليه وجبَ للباقياتِ قِسْطُهن، ومن حُبِستْ فلا قَسْم لها، كما لا نفقةَ لها، ذكره البُلْقيني، ولا يجبُ لمعتدَّةٍ بشبهة.

# فصـــل في النشوز

هو: امتناعُها من طاعته ولو الاستمتاعَ، لا تَدَلُّلاً ولا بشَتمة، وإثمه كبيرٌ قال رسول الله ﷺ : «إذا باتتِ المرأةُ هاجرةً فراشَ زوجِها لَعَنَتْها

الملائكةُ حتى تُصبح»[1]، وثوابُ طاعته عظيم فقد قال: «أيُّما امرأةٍ باتتْ وزوجُها عنها راضٍ دخلت الجنةَ»[2]، وقال: «لا ينظُرُ الله إلى امرأة لا تَشْكُر لزوجِها» أخرجه النسائي[3]، وسيأتي في النفقات فيه زيادة.

## ٩٨٠ ـ مسألة

إذا تَحَقَّقه هَجَرَها في المَضْجِع، ويكرهُ في الكلام إلى ثلاثٍ، ويحرمُ فوقَها، كغيره، لا لدينٍ بالإخلاص، وله ضربُها ضرباً غيرَ جارحٍ ولا مُغَيِّر، لا بسوطٍ وعصا، بل بنحوِ ثوبٍ ملفوفٍ، ويدٍ إنْ ظنَّ صلاحَها به، قاله الإمام، ومجلي، وقُرِّر، والأولى تركُه، بخلافٍ في تأديب الصبيِّ، فهو أولى، وله منعُها الخروجَ من منزلها ولو لعيادةِ أصلٍ أو فرعٍ، وموتِه، وتركُه أولى، فإنْ تعدَّى عليها زَجَره الحاكم وأمره بإيفاءِ حقِّها، فإن عاد ولو بأذى عزَّره، وإذا تحقَّق تعدِّيه وجَرَاءتُه وخَشِي عليها: حال بينهما حتى يَظُنَّ عدلَه.

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح ـ باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ٩: ٢٩٣ (٥١٩٣)، ومسلم في كتاب الطلاق ـ باب تحريم امتناعها من فراش زوجها ١٠: ٧ واللفظ له.

(٢) هكذا جاء لفظ الحديث في الأصل، ولم أره كذلك، إنما رواه الترمذي في كتاب الرضاع ـ باب ما جاء في حق الزوج على المرأة ٤: ١٣٤ (١١٦١) بلفظ: «أيما امرأةٍ ماتت وزوجها..» لا: باتت، وقال: حسن غريب. وهو كذلك في سنن ابن ماجه الكتاب واللباب ١: ٥٩٥ (١٨٥٤).

(٣) في كتاب عِشْرة النساء، وهو كتاب من كتب «سننه الكبرى»، رقم ٢٥١ بإسنادين، قال الحافظ المنذري في «الترغيب» ٣: ٥٨ «رواه النسائي والبزار بإسنادين رواة أحمد رواه الصحيح، والحاكم وقال: صحيح الإسناد». ووافقه الذهبي ٢: ١٩٠، وصحح البيهقي ٧: ٢٩٤ وقفه، وتعقَّبه العلاء المارديني في «الجوهر النقي».

## بـاب الخُلْع

هو مكروه إلا لعُذْر: كشقاقٍ، وضربها، وإرادةِ سفرها، وخوفِ تقصيرٍ في حقِّها، ولخلاص من طلَّق ثلاثاً عَلَّق بما لا بدَّ منه لتَبِينَ، فيبطُل ذلك؛ وفي «الإحياء» كراهتُه بأكثر من المهر، وهو مذهب أحمد، وكذا أبو حنيفةَ إنْ لم تبتدئ بطلبه، دون الشافعيِّ ومالكٍ، كما ذكره ابن هُبَيرة، ولا يصحُّ مع إكـراه من أحد الجانبين، نعم إن خَالَعَ بلا ذكر عِوَض ، وأكرهَها على القبول: وَقَع رجعياً، فلو منعَها حقَّها لتُخَالِعَه وإلا لم يُسَلِّمه، ففعلتْ: لم يَقَعْ لأنه إكراه، نقله في «الشامل» و«البحر» عن الشيخ أبي حامد، فإن خالعتْ لمنعه لتَتَخلَّص منه: صحَّ وأَثِم، وقيل: يبطُل كالأول، واستبعَده زكريا وأبو شُكَيْل، وفي «المهذَّب» ما يؤخذ منه البطلان، وهو محمول على الأول، وإن كَرِهَهـا لزنا ونحوِه فأساءَ عِشرتَها حتى اختلعتْ جاز، وإن منَعَها حقاً أَثِمُ بالمنع، ولا كراهةَ في عِوَضِ الخُلْع فيهما.

### ٩٨١ ـ مسألـة

الخُلْعُ بلفظ الطلاقِ على عوضٍ: طلاقٌ، وكذا بلفظ الخُلْع وإن نوَى كونَه فَسْخاً أو زاد، على مذهب من يَرَى ذلك، كما أفتى به زكريا

وأيَّده، فإن لم يَذكُر فيه مالاً وَقَع بمهر المِثْل وإن لم يَنْوِه، على الأرجح إن وَقَع مع الزوجة وقَبِلتْ، فإن لم تَقْبل لَمْ يقعْ شيءٌ إلا أن ينويَ به الطلاق، ولم يضرَّ التماسُ جوابِها، فإن وقَعَ مع أجنبيٍّ بغيرِ ذكرِ العوضِ وقَع رَجْعياً بلا شيء، وكذا إن صرَّح بنفي العِوَض، وقيل: فيهما، هذا هو الراجح الحاصل من اضطرابِ ترجيحِ الشيخينِ وغيرِهما الذي اعتَمَدَه زكريا وغيرُه، وللشافعيِّ قولٌ: إن الخلعَ مع الزوجة بلفظه العاري عن نيَّةِ الطلاقِ يكون فسخاً غير طلاق، فلا يحسَبُ من عدده وإن تكرَّر، قال الشَّرْجي في «الطِّراز»: ورجَّحه ابن خُزَيْمة وابن المُنذِر: وفي «الإبانة» أنه الأصح، وكذا في آخرِ تعليقِ القاضي أبي الطيب، ونَصَرَ أدلتَه الشيخُ أبو حامد وغيرُه، قال أبو مَخْلَد البصري: الفتوى عليه، ثم قال: وكان شيخنا ـ يعني: البُلْقيني فيما ظننتُ ـ يعملُ به مراراً ويُفْتى به. انتهى.

## ٩٨٢ ـ مسألـة

القاعدةُ أن الخلعَ إذا وَقَع بلفظٍ مُنَجَّزٍ منه، وقبولُها أو استيجابٌ منها فوراً وهي حاضرةٌ كاملةٌ، والعوضُ مما يجوزُ أن يكونَ مبيعاً: صحَّ به، فإن تأخَّر القبولُ أو الإيجابُ بعد طَلَبِها وهما حاضران: لم يقع شيء وتوسَّطَ أجنبيٌّ بالخطاب به بينهما ـ كما في البيع ـ فيكفي فيه نعم، كما اقتضاه كلام الطنبداوي، وصرَّح به غيره، وإن كان العوضُ مما لا يجوزُ مبيعاً كخمرٍ، ومجهولٍ، وحرٍّ، وآبِقٍ، ومؤجَّل بمجهول، ودَيْن في ذمة أجنبيٍّ، بناءً على منعِ بيعه ـ وهو الأصحُّ ـ : وقعَ بمهرِ المثْل، ولا يفسُدُ الطلاقُ بفسادِ عوضه، نعم إن كان مما لا يُقْصَدُ كالدمِ، والحشراتِ وكذا حَبَّتَيِ البُرِّ فيما يظهر: وقعَ الطلاقُ رجعياً ولا شيءَ وإن كان بتعليقٍ أو مع غيبتِها أو نقصِها أو نقصِه برِقٍّ، أو مَرَضٍ، أو حَجْر أو مع غيرِها،

فسيأتي، ولو قال: خالعتُكِ إلى رقبة زيد، فقبلتْ: كان خلعاً، ويلغُو ذِكْر زيدٍ، صرَّح به ابنُ الزَّين وجمعٌ غيره، خلافاً لابن الصلاح.

## ٩٨٣ ـ مسألة

تعليقُ الطلاقِ من جهته بالتزامِ مالٍ أو ضمانِه أو إعطائه، وكذا بالابراءِ من دَيْنٍ عليه ـ على الأصح ـ إنْ وقعَ خطاباً بما يقتضي التراخي، كمتى ضمنتَ لي بكذا، أو التزمتَ، أو أعطيتَنيه: يقعُ فيه بما عَلَق به وإن تأخَّر أن كان صحيحاً معلوماً، نعم لو قال: متى أعطيتِني الساعةَ: اعتُبِرَتْ الفورية، كما أفتى به الأزرق وغيره، وإن كان بـ «إنْ» أو «إذا»: فلا بدَّ من وجود ذلك فوراً، فإن تأخَّر: لم يقعْ، فإن قال: أردتُ أقولَ «متى» فسبَقَ لساني إلى «إنْ» ليصحَّ به مع التراخي، قال أبو شكيل: فينبغي قبولُ قوله، ومعاملتُه به، لأنه أغلظُ عليه، وفي «البيان» و«المهذب» ما يؤخذُ منه ذلك فيمن قال: أنتِ طالق إن دخلتِ الدار، ثم قال: أردتُ التنجيزَ فسبقَ لساني إلى التعليق، فتطلُقُ في الحال، إذا أقرَّ بما هو أغلظُ عليه بلا تُهْمَة، قال: ومَنْ هذا: إنْ ضمنتِ لي ألفاً فقد ملَكتُكِ أن تطلِّقي نفسَك، فضمنتْ ثم طلَّقت، فهو كقوله: طلِّقي نفسك إن ضمنتِ لي ألفـاً، إذ المعنى واحدٌ ولفظُه منتظم، وفيها إشكال من قولهم: تفويضُ الطلاقِ إليها تمليكٌ لا يَقبلُ التعليقَ، لكنهم لاحَظُوا هنا معنى آخـر. انتهى.

أقول: وإشكالُه هو الأقوى، فيما يظهر، فيفرَّق بين قولَيْ: طلِّقي نفسَك إن ضمنتِ لي ألفاً، لأن معناه التنجيز، كأنه قال: طلَّقتُها[1] بألفٍ تَضْمَنِيْنَه لي: فيصحُّ فيه، وبين تقديمِ التعليقِ بقوله: إنْ ضمنتِ لي ألفاً

---

(١) كذا في الأصل بضمير الغائب، مع قوله: تضمينه الذي يغير الخطاب!.

فطلِّقي: فلا يصحُّ، لأنه علَّق التمليكَ تعليقاً محضاً، لأن صيغتَه مرتَّبه عليه لفظاً، فلم يقع إلا به، وتعليقُه ممتنعٌ، وقد فرَّقوا بين قولِه: بعتُكَ إن شئتَ، حيث يصحُّ، وقولِه: إن شئتَ بعتُك، فيبطُل قطعاً، كما ذكره السُّبْكي وغيره وتَبِعوه لما ذكرناه، ولم أَرَ فيه غيرَ ما ذكرتُ، ثم رأيتُ عن الأصبحيِّ احتمالين في قوله: متى أَبْرَأْتني من مهرها فقد فوَّضْتُ طلاقها إليها: في صحة ذلك، قال: ولعل الأصحَّ المنعُ، وهي كمسألتنا، وإن وقع التطليقُ بإنْ أو إذا لكن بضمانِ غائبٍ أو إعطائِه أو إبرائه عن دَيْن، كإنْ أبرأَتْني زوجتي من مهرها - ففُعِل ذلك اتفاقاً من غيرِ علمٍ بالتعليقِ - صحَّ الإبراء، لجواز استقلالها به، وبطَل الآخرَان فلا يقعُ فيهما طلاقُهُ كما أفاده شيخنا القاضي ابن عبسين إلا أن يكونَ الإعطاءُ مملَّكاً بما ذُكر في أنواع الهبة في بابها، فيقعُ به، وكذا يقعُ في مسألة الإبراء إلا أن يكونَ قصدُه وقوعَه مع علمها: فلا يقعُ كذا أطلَقَ الفقيه ابن حجر الثاني أن هذا مقتضى كلامِهم، وهو ما نُقِل عن الفقيه محمد بن عمر أبي قضام العَدَني أيضاً وقوعُ الطلاقِ بائناً مهما صحَّت البراءةُ بعد التعليق وإن لم تَعْلَم، لأنه وقعَ في مقابلتها بأنها وإن فعلتْه حين بَلَغَها الخبر صحَّ وبانتْ به، فإن أخَّرته ثم أبرأتْ بعدُ فأجاب الفقيه أحمد بن موسى بن عجيل، والفقيه عبد الرحمن الزِّكْري اليمنيَّان بوقوعه، وبه أخذَ شيخُ شيوخنا الفقيه محمد بن أحمد بافضل في «مختصره» وأبو مخرمة في «فتاويه» قال الزِّكْري: ويكون رجعياً، وأجاب شيخ شيوخنا السابقين الإمامُ علي بن أحمد المرواني الحضرمي التَّريمي بمنعِه، وأن العوضَ يقتضي الفوريَّة عند علمه، وبه جَزَم في «الأنوار» و«العُبَاب» وهو أوفقُ لقواعد البابِ، كمثله في البيع، وليس كقوله: هي طالقٌ إن شاءتْ، لأنه محضُ تعليقٍ بلا عوض، ورجَّحه السَّمهودي وأنه حيثُ وقعَ يقعُ بائناً وإن قيل بعدم

الفورية، وأن ما نقل عن الزِّكري من كونه رجعياً ضعيف، وكذا قال الزَّركشي في «الخادم». وأنه قياس الباب، واعتمده موسى بن الزَّين. والمرادُ التلفُّظ بما يقتضي الغَيْبَة وإن كانت حاضرةً، كما صرح به بعضُهم هنا، وكلُّهم في: طلَّقتها إن شاءت، وحيثُ طلق[1] بإعطاءِ منقولٍ وقعَ بقَبْضه بيده أو بوضْعه بين يديه وتمكُّنه منه، أو عقارٍ فبتَخْلِيته له مع الإذن في قبضه عن التعليق، كالبيع، كما أجاب به ابن حجر الثاني.

وأما إذا بدأَتِ الزوجةُ بطلب الطلاق، أو علَّقت عوضاً عليه كقولها: إن طلَّقْتَني فلك كذا، فلا بدَّ من وجوده فوراً وإن كانت صيغةَ تراخٍ كـ «متى»، فإن أخَّره لم يلزمْها شيءٌ ويقعُ ابتداءً رجعياً، نعم لو قالتْ: إذا جاء الغدُ وطلَّقتني فلك كذا، ففَعَل، لزمَها المسمَّى، لأن التعليقَ بمجيء الغدِ، والعوض تابعٌ، وظاهرُ كلام «الروضة» وجوبُ تسليمِ العوضِ في الحال، لتأخُّر المعوَّض برضاها، وفي كلام زكريا في «الأَسْنى» إشارةٌ إلى عدم وجوبه قبل الغدِ، ثم يجبُ فيه مع الطلاق، فلو عقَّب قولَها بقوله: إذا جاء الغدُ فأنتِ طالق كفى، كما في «الروضة» وكذا إن نجَّزه قُبل، وبقيتْ قابلةً للطلاق إلى مجيئه، كما في «الأسنى»، ثم إن جاء الغد وقد طلَّق، أو طلَّق فيه: تَقَرَّر، وإن لم يطلِّق، أو مات قبل الطلاق، أو قبل الغدِ، أو فارقها قبله ولم تَبْقَ قابلةً للطلاق إلى مجيئه: تبيَّن عدمُ لزومه، ويَرُدُّ لها إن قَبَضه، فلو صرَّحت له بالتأخير مع التنجيز، أو التعليق بمحض الطلاق ـ كطلِّقْني غداً بكذا، أو لرأس الشهر، أو إنْ طلَّقْتني فيه فلك كذا، أو خُذْ هذا على أن تُطَلِّقني غداً، أو متى شئتَ ـ وقع بفعله في الوقت المذكور، وكذا قبله، لأنه زادها خيراً، لكنْ بمهر المثل،

---

(١) على الحاشية: «خـ علَّق». أي: في نسخة أخرى: علَّق، بدل طلَّق.

لفساد الصيغة، لأن الطلبَ منها يقتضي الفورَ، فبقي أصلُ التعليق وفسدَ العوضُ لفسادها، ولو قالت: طلِّقْني بكذا، فقال: طلِّقي نفسَك، فطلَّقْتَها، طَلُقَتْ رجعياً، لأنها طَلَبَته أن يطلِّقها، فأمرها، فلم يطابق، وامتثلتْ فوقع ابتداء، ومثلُه قالت: طلِّقني بكذا، فقال: أنتِ طالقٌ آخر حياتي، يقع المعلَّق بلا مال، كذا أفتى فيهما موسى بنُ الزين وغيره، عن إسماعيلَ الحضرمي، وابنُ عجيل وقوعَه في الأولى بائناً، والأول أرجح.

## ٩٨٤ ـ مسألـة

حيث لم يتَّفِقْ إيجابُ الزوجِ وقبولُ المرأة، كطلَّقتكِ بألف، فأجابتْه: بألفين، أو بغير جنسه، أو صفته: لم يقع شيء، نعم لو طلَّقها ثلاثاً بألفٍ، فقبلتْ واحدةً أو ثنتين به: وقَعْنَ به، لأن مقصودَه الألفُ، وقد حصل، مع أنه قادرٌ على الطلاق بدونها؛ وحيثُ لم يوافِقْ جوابُه طَلَبَها كطلِّقني ثلاثاً بألفٍ، فطلَّق واحدةً به: فكذلك لا يقعُ، لا إن نَقَصَ عن قدر العِوَض، كأن تَطْلُبَه بألفٍ، فيطلِّق بمائة، فيقعُ بها أو ينقُص في عدد الطلاق بلا زيادة على قدره فيقع بقِسْطه، كأن تطلُبَ ثلاثاً بألف، فيطلِّقَ واحدةً مطلقاً وهو يملكُ أكثرَ منها فيقعُ بثلثه، أو في عددِ المطلوب طلاقُهن كأنْ تطْلُب طلاقَها وضرَّتِها بألفٍ، فيطلِّق واحدةً: فيقعُ بمهر مثلها؛ ولو لم يملكْ إلا طلقةً فقالت: طلِّقْني ثلاثاً بألفٍ، فطلَّقها واحدةً: لزم الألفُ، وكذا لو مَلَكَ طَلْقتين فطلَّقهما.

فحيثُ ذكرتْ عدداً فأتى بما يَسْتَوْفيه: استحقَّ المسمَّى، كطلِّقني ثنتين بألفٍ، فطلَّق ثلاثاً، وكذا إن نَقَصَ عن مسمَّاها وأكملَ الثلاثَ: كطلِّقْني ثلاثاً، فطلَّق واحدةً وهي تكملتُها، كما سبق، أو طلِّقْني عشراً، فطلَّق ثلاثاً، فلو نَقَص عن مسمًّى عددِها بما لا يَسْتَوفي الثلاثَ: اعتُبِرَ

قدرُه عن مسمَّاها، كطلِّقني عشراً بألفٍ، فطلَّق واحدةً فله عُشْرُه، أو ثنتين فَعُشَرَاه، وبالثالثةِ باقيه، ولو طلبتْ ثلاثاً فطلَّق واحدةً ونصفاً، فله نصفُه لأن نصفَ السِّرايةِ تكملةٌ[1] من الشرع ليست منه، وحيثُ أخرجوا بها وَقَعَ رجعياً، كما مرَّ، فلو ادَّعى إرادةَ الجواب قال ذكريا: فالظاهر تصديقُه بيمينه إن قَرُب عهدُه بالإسلام، أو نشأ بباديةٍ بعيدة عن العلماء، أي: ويبطُل طلاقُها.

## تتمة

لكلٍّ منهما الرجوعُ عما صَدَر منه قبلَ جوابِ الآخر، إلا إذا كان تعليقاً من الزوج، بخلافه منها.

## ٩٨٥ ـ مسألة

خُلْعُ العبد صحيحٌ وإن لم يأْذَنْ سيدُه، ولو بدون مهرِ مِثْلها، وكذا السفيهُ بغيرِ إذْن وليِّه، والمريضُ مرضَ الموتِ ويقبِضُ لنفسه، وحُكْم قبضِ ما للسفيهِ مرَّ في باب الحَجْر، ومثلُه العبدُ غيرُ المكاتَب إذ هو للسيِّد، لكن ما تلفَ بيده ولم يُعْتَدَّ بقبضه له عن السيد يُتْبَعُ ببدلـه إذا عُتِق وخَلَع الأَمَة إن كانت رشيدةً وهو منجَّزٌ صحيح، فإن كان بإذنِ سيدِها وعيَّن له شيئاً تعيَّن فيه، أو أطلق أو اختَلَعَتْ في الذمة تعلَّق بها إلى العِتق، وكذا بما تَكْتَسِبُه بعد الخُلْعِ وتجارتِها إن كانتْ مأذوناً لها فيه في قدرِ مهرِ مثلها، فإن قال: اختَلِعي بما شئتِ: فما زاد عليه مثلُه، وإن عيَّنت مالاً للسيد لم يتعيَّن، ووَجَبَ مهرُ المثل كذلك، والمكاتَبةُ كالقِنَّةِ

---

(١) في الأصل: تكلمة، وهو سبق قلم.

مع الإذن وعدمه، ووقع في «الروضة» هنا زيادةٌ أَوْهَمَتْ مخالفتَها مع الإذن، وهي مرجوحةٌ كما جرَىَ عليه في بابها.

وخُلْع السفيهةِ المنجَّزُ يقعُ فيه الطلاق بقبولها أو طلبِها مع إيجابه ولو بوكيلِها رجعياً إن لم تَتِمَّ به الثلاث، وقد دَخَل بها وإن جَهِل سَفَهَها، وإلا فبائناً ولا مالَ فيهن وإن ذُكِر، وكذا المعلَّق بضمانها إذا ضَمِنتْ كما هو ظاهر كلامهم، وبمشيئتها إذا شاءتْ، أما المعلَّق بإعطائها ففيه احتمالان للبُلْقيني، والأرجحُ عنده: لا يقعُ به إلا أن ينويَ مجرَّدَ الإقباض فتعطيه ما ذُكر، فيقع رجعياً أيضاً، والاحتمالُ الثاني: أنه ينسلخُ لفظُ الإعطاء عن معنى التمليك إلى معنى الإقباض، لأنه قد يُطلقُ عليه لغةً وعرفاً، فتطلق به رجعياً، قال زكريا: وهو أوجهُ، لصلاحيَّته ولصحة قبولها، أما المعلَّقُ بإبرائها فلا يقعُ به شيء لأنه لم يَقَعْ، كما صرَّح به الخُوَارَزْمي، وتَبِعه البُلْقيني، إلا أن يُريدَ به مجردَ التلُّفظ فيقع به رجعياً، وأفتى السُّبْكي بوقوعِ الطلاقِ به مطلقاً، وإذا اختلع السفيهُ امرأة غيره: فحكمُه حكم السفيه، وأما المعلَّقُ بضمانِ الأْمَة فكالمُنجَّز في ذمتها، والمعلَّقُ بإبرائها كَهُوَ في السفيهة إلا أن يأذنَ لها سيدُها فيه، فيقعَ به بائناً، ويقعَ بإعطائها ما عُلِّق به ويَردُّه لمالكه، وعليها مهرُ المثل إذا عَتَقتْ إلا أن يكونَ من مالكٍ أذِنَ لها في إعطائه.

وخُلع المريضة صحيح، وينفُذُ في قَدْرِ مهرها من رأس المال، وما زاد عليه من الثلُث، فإنْ كان معلَّقاً ولم يَفِ الثلُث بالزائد ولم يُجزْه الوارثُ: فالقياس جريانُ حكم المحجورةِ بسفهٍ فيها، ولو علَّق زوجُ الأَمَة بإعطاءِ ألفٍ أو ثوبٍ، فأعطته مغصوباً، طلُقَتْ، ولا يُشترط في إعطائها الفورُ إلا أن يكونَ خمراً ونحوه، هذا ما اعتمده الشيخان وغيرهما، ووقع في الباب الثالث من «الروضة» أنها لا تطلُق بالمغصوب،

قال زكريا: وهو ما ذكره البغوي في «تهذيبه» والأول ما ذكره في «تعليقه» وهو الأوجه.

## ٩٨٦ ـ مسألـة

كما يصحُّ الخُلْعُ على طلاقٍ منجَّزٍ يصحُّ على المعلَّق، كقوله: إن جاء فلان أو إن دخلتِ الدار ـ فأنتِ طالق، أو: طلَّقتُك بألفٍ إن دخلتها، فقبلت فوراً، وكذا لو قالت له: علِّق طلاقي بدخولي، أو: طلِّقْني إن دخلْتُها بألف، فعلَّقها بدخولها فوراً، ويلزمُها الألفُ في الحالِ وتسليمُه لرضاها بتأخُّر الطلاق، ثم إن تعذَّرتْ لموتٍ أو فراقٍ قبلَه، بحيثُ جاء وقتُه وهي غيرُ صالحةٍ له تبيَّن عدمُ لزومه، ويردُّه، فلو علَّق بمجهول حينئذ كقوله: إن كنتِ حاملاً فأنتِ طالق بألفٍ، فقَبلت، صحَّ بمهر المثل، إذِ الحملُ حنيئذ مجهول، وحكمُ اللازمِ هنا كالمسمَّى ثَمَّ، وقولُه: أنتِ طالقٌ آخر جَزءٍ من حياتي بكذا. من هذا الباب، فإذا قَبِلْت فوراً بانَتْ في آخِر جزءٍ، وفي اللازم ـ كما قيل ـ وجهان، والظاهرُ لزومُ المسمَّى كدخول الدار.

ولو قال: متى برئتُ من مهركِ فأنتِ طالق آخرَ جزءٍ من حياتي فأبرأَتْه: وقع كذلك بائناً، قياساً عليها، فلو لم تُبْرئه حتى مات ثم أبرأَتْه: فأفتى موسى بن الزين بتبيُّن وقوعِه آخرَ جزءٍ منها، كما ذَكَر وأطلَق، وفيه أمران: أحدُهما: أن قياسَه جَرَيان مثلِ ذلك في كلِّ معلَّق به، كإنْ دخلتِ الدار فأنتِ طالق آخرَ ساعة من عمري، ودخلتْ بعد موته، والثاني: إذا قيلَ بوقوعِه فهل يكونُ بائناً ـ لأنه في مقابلةِ عوضٍ ـ أو رجعياً: لأن الزوجَ حين الإبراء لم يكنْ أهلاً لتملُّك العِوضِ، ويكون من قبيل التعليق المحْض، فترثُه على التقدير الثاني، لا الأول. ففي كلِّ ذلك نظر، ويتعدَّى الكلامُ إلى مثله فيمن قال: متى برئتُ فأنتِ طالق قبله

بشهر، وتُبْرِئُه بعدَ أكثر من شهر، والظاهرُ فيها وقوعُه بائناً، كما ذُكر في الأولى، وصرَّح في هذه موسى بن الزين في «فتاويه» وَلْنَزِدِ النظرَ فيهن.

## ٩٨٧ ـ مسألة

يصحُّ الخلعُ مع أجنبيٍّ والتوكيلُ فيه منها، ومنه، ومن الزوج في المُنَجَّز لا المعلَّق، وللأجنبي توكيلُها فيه، فإن قال لها: سَلي طلاقَك، أو اختَلِعيْ نفسَكِ بألفٍ عليَّ: فتوكيل، وإن لم يقل: عليَّ، فلا، وكذا لو قال ذلك لغيرها، بخلافِه في توكيلها لغيرها، لأن منفعتَه تعودُ إليها، وللوكيلِ أن يَختلِعَ عن نفسه أيضاً، فلو قال أجنبيٌّ: طلِّقْ زوجتَك بألفٍ عليها بوكالتها لي، فطلَّق ـ وكان كاذباً في الوكالة ـ لم يقعْ، وإن لم يذكُر الوَكالة واختلَع بمالِه، أو في ذمته: صحَّ عليه وبمالها، ولم يذكر نسبتَه إليها، كقوله: على هذا العبد، ولم يقل: هو لها، فطلَّقها عليه، وقع بائناً بمهرِ المِثْلِ عليه وإن عَلِمه الزوجُ لها، وكذا إن كان لأجنبيٍّ، فلو ذكَرَ في لفظه ما يمنعُ التصرُّفَ ـ كقوله: طلِّقها على مهرها، أو: وأنتَ بريء منه، أو: على هذا الخمر، أو المغصوب، وإن لم يقل: وأنا ضامنٌ دَرَكه، ونحو ذلك، فطلَّقها: وقع رجعياً، ولا شيءَ عليه، لأنه صرَّح بما يقتضي تَبَرُّعه به دون بَدَلِه، وليس له التبرُّع به، وقد رضيَ الزوجُ بما يقتضيه اللفظُ، بخلاف ذلك معها، إذْ يقعُ بائناً بمهر المثل، لأنها مَلَكَتْ به بُضْعها، والزوجُ لم يرضَ به مجّاناً.

ومثلُه ما سبق أولَ الباب في قوله لأجنبي: خالعتُكَ عن زوجتي وقَبِل، ولم يذكرا عوضاً: أنها تطلُق رجعياً، ولا شيءَ، بخلافه معها، والأبُ في هذا كلِّه كالأجنبي وإن كانت صغيرةً، لأنه لا يتبرَّع بمالها، فلو قال: إن أَبْرَأْتَني من مهرها فهي طالق، فأبرأَه لم تطلُق، إلا أن يقصدَ

الزوجُ تلفُّظه بالبراءة فيقع رجعياً، فلو قال: احتَمَلْتُ بمهر ابنتي ـ أو بمثله ـ علـى طلاقها، فطلَّق الزوجُ أو قال: طلقتُها على أن تحتملَه، فقال: احتملتُه، وقع بائناً بمهر المثل، قاله الفقيه حسين الأهدل نقلاً عنهم، ومثلُه التزامُه بلفظه، كما أفتى به أبو مخرمة، فإن قال: إن احتملتَ بمهرها أو التزمتَه فهي طالق، فقال: التزمتُه أو احتملتُه: فالظاهرُ وقوعُه بائناً بمهر المثل، فإن قَصَدَ به التزامَ مثلِه ـ وكان مثْلياً ـ وهما يَعْلمانه: لزمَ مثلُه في الجميع.

فلو قال الأب: خالِعْني منها بمهرها، فقال: خالعتُك: طَلُقتْ بمهر المثل مطلقاً، كأنه قال: بمثله، كما في قوله: أوصيتُ بنصيب ابني لزيدٍ، كذا أفتى به البُلْقيني وغيره، قال ابن حجر الثاني: والفرقُ بينه وبين اللفظين الأوَّلَيْن أنهما يَحتَمِلان أن مرادَه: احتملتُ أو التزمتُ بَدَلَه ونحوَه، بخلافه، فلو نَوَى بلفظه التزامَه أو احتمالَه بنفسه عنه في ذِمَّته لينتَقِلَ عنه بذلك: لم يصحَّ ولم تطلُق. أقول: وكذا إن أطلَقَ ولم يَنْوِ شيئاً، لاحتماله ذلك، والأصـلُ بقاءُ النكاح، فإن أراد أنه يضمنُ به لها عنه، أو أن يكلِّفها إبراءَة، أو تَرْكَ طلبه: وقع رجعياً بِفِعْل ما نَوَى على الظاهر، ولوكيلها النقصُ ممَّا عيَّنت اختلاعه به، ولوكيله الزيادةُ على ما عيَّن، بخلاف مثله في البيع من معيَّن، إذْ لا محاباة منه لها مع طمعه في العِوَض على فراقها.

## ٩٨٨ ـ مسألـة

قال: خالعتُكِ على مهركِ، فقبِلتْ ـ وكان قد برىء منه، أو من بعضه ـ طَلَقُتْ بمهر مثلٍ في الأولى، وبما بقي منه وحصةِ ما برئَ منه من مهرِ المثلِ في الثانية، قال الفقيه عبدالله أبو مخرمة: فلو طلَّقها عليه

بلفظِ الطلاقِ وقد عَلِم براءتَه منه، فقبلَتْ: طُلِقَتْ رجعياً ولا شيءَ، ولم أَرَ ما ذكره لغيره، وظاهرُ كلامهم وقوعُه بائناً بمهر المثل، ومثلُه: ما لو خالَعَها على ملءِ كفِّها ولا شيءَ فيه، وإن عَلِماه كما اعتمده النووي، أما تعليقُه على البراءة منه فسيأتي.

## ٩٨٩ ـ مسألـة

قوله: خالَعْتُكما أو طلَّقْتكما بألفٍ ـ خطابٌ لهما ـ: لا يقعُ فيه إلا بقبولهما، وقولُه: طلقتُكِ وضرَّتَكِ ـ للمخاطَبة ـ فإذا قبلتْ طُلِقَتا، واللازمُ عليها، فإن قالتا: طلِّقْنا بكذا، لزِمَ كلَّ واحدة بطلاقها مهرُ مثلها، وإن تَرَكَ الأخرى، لشبهِ الجِعالة هنا، ومن صِيَغِ التماسها: طلِّقني ولك كذا، أو: وأنتَ بريءٌ من مهري، أو: وأضمنُ لك كذا، أو عَلَي أن أُعطيَك، ويَستحقُّ ما ذكَرَتْ عيناً ودَيْناً، لا: طلِّقْني وأبرئُك، أو وأُعْطِيك، إذْ لا يُشْعِرُ بالتزامٍ، بل هو وعدٌ فيقع معه رجعياً وإن لم يُعْطَ، وحيثُ ادَّعى الزوجُ عند التماسِها وطلاقِه: أنه مستأنِفٌ لا مجيبٌ صُدِّق، لأنه أعلم بقصده، قاله الإمام وتبعوه، قال الأذرعيُّ: وهو بعيد، وقد رأيتُ للإمام في كلامه على «المختصر» أن ذلك في باطنِ الأمر، أما في الظاهر فتطلُقُ بائناً، وهو الوجه، وكأنهم لم يَظْفَروا به. انتهى. وهو عجيب؛ فإن في «الروضة» في باب سؤال المرأة أنه يُقبلُ قطعاً، وجَعَلَه أصلاً مَقِيساً عليه، ونقله أيضاً غيرُه عن «بحر» الرُّوْياني من غير مخالفة.

ومن صِيَغ الخُلْع مع أجنبيٍّ ـ كما في «فتاوى» أبي مخرمة ـ خلعتُ زوجتي إليك، أو بألفٍ عليك، أو خالعتُكَ منها، أو فيها، أو عنها، وقبولُه أو قولُه: اختلعتَ زوجتَك؟ فيقول: خالعتك، وحيثُ قال الزوجُ للمختلِعِ: خالعتُكَ بكذا، فقَبِل، أو قال له: طلِّقها بكذا فقال: هي

طالقٌ، لزم المالُ وإن لم يذكُره، وكذا إن قال في القبول: قبلتُ الألفَ ـ مثلاً ـ وقولُه: بعتُك: كنايةٌ فيه، قال بعضُهم: وله شاهدٌ عن الماوردي.

## ٩٩٠ ـ مسألـة

يصحُّ كونُ العِوَضِ منفعةً، كالإرضاع، والحضانة بشروطها في الإجارة، وعلى قِصاصٍ لزم الزوجَ، وعلى إعتاق، وما دَخَلَه جهلٌ من ذلك وَقَعَ بمهر المثل.

## ٩٩١ ـ مسألـة

لا رَجْعةَ بعد الخُلْع، فلو خالع على أن له الرَّجْعةَ وقبِلَتْ: طَلَقَتْ رجعياً، ولا مالَ على الأصح، فلو قال: على أن لي ردَّ المال متى شئتُ وأراجعُ: بانتْ بمهر المِثْل، ولا حقَّ له، فلو قال: إن أبرأْتِني من كذا فأنتِ طالق رجعياً، فأبرأَتْه، صحَّ ويقع رجعياً، ولا يُشْترطُ في البراءة الفَوْر، كما ذكره ابن الصلاح، لأن بالرَّجْعة صرفَ اللفظ إلى قصدِ مجرَّدِ التعليق، ذكره السَّمهودي، وأفتى به المُزَجَّد، وهو الأرجح، فلو وكَّلَه في طلاقها وأطلقَ، فطلَّقها أو خالَعها بمالٍ ولم يَزِدْ عدداً يخالِفُ ما وُكِّل فيه: صحَّ في من لا رَجعة في طلاقها الخالي عن العوض، وهي من لم يَدْخُل بها، ومن يَسْتَوفي عددَ الطلاق به دون غيرها، على المعتمد.

## ٩٩٢ ـ مسألـة

قولُه لها: طلَّقْتكِ على مهركِ، أو به، أو على نصفِه، أو على البراءة منه، أو على أني بريء، أو على أن أبرأ منه، أو على مالَكِ عليَّ، ونحوه، وقولُه: طلاقُكِ واقعٌ على البراءة منه: إيجابٌ للخُلْع بالمهر، فإن

قبلتْ فوراً طَلَقتْ وبرىء، فلو قال: طلَّقتكِ على أن تُبْرِئيني من مهرك، فقالت: قبلتُ: فالظاهرُ صحتُه، وأنه يبرأُ بقبولها، ويكونُ كطلَّقتُكِ على أن أبرأَ منه، وفيه نظر، لأنه التزامٌ للإبداء، ولا يُعْرف إلا بالنذر؛ وكذا يصحُّ قوله: أَبْرِئيني منه وأنتِ طالق: فأبَرأَتْه فوراً، كما في قولها: طلِّقني وأنت بريء، كما سبق، كذا ظهر لي، ثم رأيتُ زكريا في «شرح البهجة» قال: أفتيتُ بأنه تعليقٌ إنْ عُدَّ ذلك عُرْفاً، فالحمد لله.

وبذلتُ صَداقي على طلاقي، وإن لم تقل: لك، أو أبرأتك منه، وكذا: تَصدَّقْتُ عليكَ به، كما أفتى به موسى بن الزين، ومثلُه: وهبتُكَ ـ ونحوه ـ على طلاقي، أو: بشرط أن تُطلِّقني، أو: على أن تُطلِّقني، أو بطلاقي: طلبُ صحيح، فإن طلَّقها فوراً بانت، وإلا فلا، فلو قال: قبلتُ الإبراء: قال الخُوارزْمي: كَفَى، قال المُزَجَّد في «العُبَاب»: قالت: بذلتُ صَداقي على طلاقي فقال: قبلتُ: لم يقعْ، لأن الطلاق إليه لا إليها، [وكذا إن قال: أنت طالق][1] لأنه قبولُ ما لا يقع على الأقرب، كما قاله صاحب «البيان» فيمن قالت: خالعتُكَ على ألفِ، فقال: قبلتُ، وقال في مسألة الخُوَارَزْمي: لو اقتصرَ على: قبلتُ، دون الإبراء: يقعُ بمهر المثل، فلو قال: إن أبرأْتِني طلقتُكِ أو أُطَلِّقك، فأبرأَتْه: بريء، ثم إن شاء طلَّق ويقع رجعياً، وإن شاء تَرَك، كما نقل أبو زرعة نصَّ الشافعي عليه في قوله: إن أعطيتِني طلَّقْتُكِ، وهذا مثلُه إلا أن يريدَ: فقد طَلَّقْتُكِ، فَتَبِينُ به، وما ذكرنا هو ما صوَّبه فيه السبكي وغيره، وخطَّأَ غيرَه، فهو المعتمد، كما قال السَّمهودي، وما أوهم غيرَه فمؤوَّل به.

وإن قالتْ: إنْ طلَّقْتَني أبرأْتُك، فطلَّق: وقع رجعياً، ثم إن شاءتْ

---

(١) من الحاشية.

أبرأتْه، وإن شاءت تركَتْ إلا أن تريدَ: فقد أبرأْتُك فيأتي فيها ما يأتي فيه، كما سنذكره، بخلاف ما لو قدَّما الإنشاء على التعليق، كأن قال: طلَّقتُك إن أبرأتِني، فتطلُق بالإبراء، وقولُها: أبرأتُكَ إنْ طلَّقتَني، كقولها: إنْ طلَّقتني فقد أبرأتُك، فيجيءَ فيه ما سيأتي فيه، ويحتَمِل كونُه: كأبرأتُكَ بالطلاق، فيقع بالبراءة، لأنها قدَّمتْ صيغةَ الإنشاء، ومعنى: إن طلقتُ أو بالطلاق: واحد، كما قالوه في: طلِّقي نفسَك إن ضمنتِ لي ألفاً، وكلُّ ذلك مأخوذٌ من الاستعمال العرفي.

## ٩٩٣ ـ مسألـة

قالت: إن طلَّقتَني فأنتَ بريء من مهري، أو: فقد أبرأتُكَ، أو: فأنت بريءٌ منه، فقال: أنتِ طالقٌ، ففيه آراء: أحدُها، لا يبرأُ، لأن تعليقَ الإبراء يُفْسده، ويقعُ الطلاقُ مبتدأً رجعياً، وجَزَم به في «الإرشاد» وقال الإسنوي: هو المشهور في المذهب، وبه أخذ جَمْع. والثاني: يقع بائناً بمهر المثل، وهو ما بحثَه الرافعيُّ، وأفتى به القاضي حسين، ونقله الشيخان عنه آخرَ الخُلْع وأقرَّاه، واعتمده ابن الرِّفعة، والسُبْكي، ونقله الخُوَارَزْمي، واختاره الإسنوي، والأذرعي، والبُلْقيني، قال زكريا: وهو المتَّجه، قال الزركشي: ونقله ابن يونس في «شرح التعجيز» عن جدِّه، وهو أحد وجهين ذكرهما الخُوَارَزْمي. والثالث: يقع بائنـاً بالبـراءة، كقولها: طلِّقني بالبراءة من مهري، وهو المأخوذُ من عموم كلام الغزالي، وابن الصلاح في «فتاويهما، وأشار إليه في «التتمة» بقوله: إن الإبراء هنا معاوضةٌ، قال السَّمهودي: ونقل عنهما الزركشيُّ الإفتاءَ بالثاني وليس كما ذكر ـ قال: وهذا الثالث ضعيفُ نقلاً، قويٌّ توجيهاً، أي: لأن معاملةَ الغريمَ مَدِينَةَ في الدَّيْن كمعاملته في العَيْن.

واعتمد الزركشيُّ الأولَ مع علم الزوج بفساد البراءة، والثاني مع جهله، قال السَّمهودي: وهو جارٍ على طريقه كالبُلْقيني في التفرقة بين العلم والجهل في قوله: طلَّقْتُكِ على ما في كفِّكِ، وهو فارغ، فإنهما اختارا الفُرقْةَ فيها كذلك. أقول: وهو ما رآه الرافعيُّ، والراجحُ عند النووي إطلاقُ الحكم. انتهى.

أقول: والفـرقُ على الأوَّلَيْن في مسألتنا بين قولِها: طلِّقني بالبراءة، وقولِها: إن طلَّقْتَني فأنت بريء: صلاحيتُه الأولِ للمعاوضة، كقولها: بِعْني هذا بمالَكَ عليَّ، أو عوَّضتُك عنه، والثاني كقولها: ملَّكْتُك هذا إنْ أَبرأْتَني، وهو فاسد، وقد يظهرُ جَرَيان هذا الحكم في الجِعالة في قوله: إنْ رَدَدْتَ عبدي فأنتَ بريء من دَيْني، لكنه صرَّح فيها المُتَوَليِّ في التتمة «بصحته وأنه يبرأُ بردِّه، والفرقُ أن ما هنا أضيقُ، لما فيه من المعاوضة، حيثُ اقتضتِ الفورَ وغيره، وواضحٌ أنه يصحُّ في قوله: رُدَّه ولكَ ما عليك لي، أو وأنتَ بريء.

## ٩٩٤ ـ مسألـة

حيث علَّق الطلاقَ على البراءةِ من المهرِ فلا بدَّ من وجودِها بعدُ وصحتِها، فلو كان قد برىءَ منه، أو من بعضِه، أو تعلَّقتْ به زكاةٌ، وقلْنا إنَّ تعلُّقَها بالمال تعلُّقُ شرِكة ـ وهو الأصح ـ لم تطلُقْ بالإبراءَ على الأصح المعتمدَ لعدمِ وجودِ الصفةِ، وجرى الأَرْدَبيليُّ في «الأنوار» وإسماعيل الحضرمي، والناشِري في «الإيضاح» في صورةٍ من ذلك على وقوعِه بائناً بمهرِ المثل كالخُلْع المُنَجَّز عليه والتعليقِ بإعطاءِ مغصوبٍ، وأشار إليه ابنُ الصلاح، قال الزَّرْكشي: وكذا ظنَّه كثيرون، وهو غلط، ومثلُ ذلك:

أن تُبْرِئَه منه وهي لا تعلَمُه، لعدم صحة الإبراء، قال السراج البُلْقيني: وكذا إنْ عَلِمَتْه ولم يَعْلَمه الزوجُ، لأنها معاوضة، فلا بدَّ من علمها، وتَبِعه تلميذه الولِّي العراقي والزَّرْكشيُّ وغيرهما، وبه أخذ زكريا في «شرحه» والمُزَجَّد في «عُبَابه»، وفيه نظر ظاهر، وقد أطلقَ كلٌّ من ذكر المسألةَ أن شَرْطَها صحةُ البراءة، ومعلومٌ أن ذلك يحصُلُ بعلمها وإن لم يَعْلَم هو، ولو شَرَطْنا لوقوعِ الطلاقِ علْمَ الزوج في كلِّ عوضٍ علِّق به لم يقعْ في قوله: إن أعطيتِني عبداً أو ثوباً، وقد أَطْبَقوا على صحته، نعم قد يُتَخَيَّلُ فيه الرجوع إلى مهر المثل، كما في مسألة الثوب، لكنْ بينهما فرقٌ من وجهين:

أحدهما: أن البراءة إذا صحَّتْ لا ترتفعُ، ومَنْ لازمِ الرجوعِ لمهر المثل رَفْعُها، والثاني، أن المهر مَعلومٌ في الحقيقة، واللفظُ منحصرٌ في عينه، والقصدُ فيه خُلُوُّ الذمَّة ـ وقد وقعت ـ وأيضاً يَطَّردُ الحكمُ باشتراطِ علمِه لو التزمناه إلى ما لا ينحصِرُ، كالإبراءِ عن النفقة، والتعليقِ بإعطاء هذه الصُّرَّة وما في يدها وهو لا يعلمُها، وبهبةِ ما وَرِثَتْه من أبيها وهو غيرُ عالمٍ به عند التعليق، ثم علمه عند الهبة، مع أن بابَ الطلاق وتعليقَه يتسَّعُ لأكثر من ذلك، كما عُرِفَ واقتضاه إيرادُ الجميعِ في المسألة، كما قاله شيخ شيوخنا عبدالله أبو مخرمة، وصرَّح بعدمِ اشتراطِه ونقلَه عن مقتضىَ كلام بعض فقهاء اليمن بما هو كالصريح فيه، وكذا شيخنا عبد الله بافضل، وقبلهما الإمام محمد بن سعيد أبو شكيل، ويكون بائناً كما ذكره شيخنا في شِبْهها، واقتضاه كلامُ أبي شكيل، وقال الشريف عليٌّ السَّمهودي: ينبغي وقوعُه رجعياً لوجودِ الصفةِ مع فقدِ خاصيَّة المعاوَضَة التي هي علمُ الزوج، ولا تبطُلُ، وفيه نظر مما سبق في مسألة التعليقِ بالعبدِ ونحوِه.

ومن هذا لو علَّق بالإبراء من المهر فأبرأَتْه قبلَ دخولِه بها، فنُقِلَ عن الإمامين ابن عجيل والأحنف: أنها لا تَطْلُق، لأن مِن لازمِه رجوعَ النصفِ إليه لو صحَّ، فيمنعُ صحةَ الإبراء، فلا يقعُ الطلاقُ المعلَّق به، قال أبو مخرمة: وهو الأصحُّ، ويؤيِّده نصُّهم في خُلْعها المنجَّز عليه أنه يفسُد في النصفِ الذي يعودُ للزوج به، ويَرجِعُ بنصف مهر المثل وإن نَفَذَ الطلاق، لأنه لا يفسُد بفسادِ العوض، بخلافه في المعلَّق، إذ يُشْترط له حقيقةُ المعلَّق به وأيضاً: الأصحُّ أن المعلَّق بَصفةٍ يقعُ مقارناً لها، كما ذكروه في تعليق الطلاق، فيتَمَانَعَانِ في صورتنا، وأفتى شمسُ الدين الجَوْجَري، والشريف السَّمهودي بصحةِ البراءة والطلاق، لأنها وُجِدت والمهرُ ملكُها، وإذا صحَّتْ لم يرتفعْ، وقد نصَّ الأئمة على صحتها قبل الدخول، وأنه لا يرجعُ ببدلِه، واستحسنه شيخنا الفقيه أحمد بن شيخنا الفقيه عبدالله بافضل، وأفتى الفقيه إسماعيل الحضرمي بوقوع الطلاق بائناً بمهر المثل، أي ولا تقعُ البراءةُ، وهو بناءٌ على طريقته في المسألة السابقة، والفتوى على الأول، فظاهرُ كلامِ أبي مَخْرَمة أنه المذهب، فلو قال في مسألة الزكاة: إن أبرأْتِني من مهركِ إلا زكاتَه فأنتِ طالق، فأبرأَتْه منه أو إلا زكاتَه، وهي تعلَمُ قدرَها، طَلُقتْ به، قاله أبو شُكَيل في «فتاويه» قال: فإن كانتْ لا تعلمُه ويُمكنُها علمُه بالسؤال: فهي قريبةٌ من مسألة مَنْ قال: قارضتُكَ على أن لك رُبُعَ سُدُسِ عُشْرِ الرِّبحْ، فقَبِل، وليس حيسوباً يَفْهم قدرَه في الحال ويَتَعَرَّفُه بعدُ، وقد رجَّح بعضُهم فيها الصحةَ. انتهى.

أقول: واقتضاه تشبيهه بما ذُكر أن تكونَ المرأةُ عالمةً بقدر جزءِ الزكاةِ في الجملة، ولا تَعرف تفصيلَه إلا بالتعرُّف بعد، وأفتى المُزَجَّد بوقوع الطلاقِ عند الإطلاقِ أيضاً بالبراءةِ مما بقيَ لها غير ما برىء منه غير

الزكاة، ويبقى قدرُها عليه، إذِا المرادُ براءتُه مما هو لها منه لا غير، وكذا يقعُ بكلِّه إنْ قلْنا إنها لا تُشارِكُ في الدَّيْن، كما سبق حكايتُه في آخر بابها، وظاهرُ كلام غيرِ المُزَجَّد مخالفٌ له، إلا أن يَعترفَ الزوجُ بأن مرادَه ما بقي لها، فإن علَّقَ الطلاقَ بإبرائها مع صفةٍ أخرى ـ كإن أبرأْتِني من مهرك ودخلتِ الدار ـ تعلَّق بهما ووقَعَ بائناً، كما صرَّح به الغزالي في «الفتاوى» وغيره، وتُعتبرُ الفَوْريةُ للبراءةِ لا الدخولِ وعلمها بقَدْره، على ما سبق، ولو قال: إن أبرأْتني هي وأبوها من مهرها فهي طالقٌ: فأبرآه معاً، أو هي فقط: لم تطلُق، كما أفتى به موسى بن الزين، إذْ لا يصحُّ الإبراء من الأب إلا أن يُقْصَدَ مجردُ تلفُّظِهِ به.

ولو قال: إن أبرأْتِني من مهرك ـ وهو خمسُمائة ـ فأبرأَتْه منه وهو ثلاثمائة، فأفتى الإمام إسماعيل الحضرمي بصحةِ البراءةِ والطلاقِ بها إذْ هي المقصود، وذهب إليه القاضي محمد بن عبدالله بن أبي عُقَامة، وذهب أحمد بن عجيل، والقاضي محمد بن عبدالله الحفائلي: إلى أنه لا يقعُ الطلاقُ لتعلُّقه بصفةِ الخمسمائة، وهو يُشبهُ قولَ الأصحاب في قوله: إن أعطيتِني ذا الثوبَ وهو هَرَويٌّ، فأَعْطَتْه، فبانَ مَرَوياً: أنها لا تطلُق، قالا: ولا تقعُ البراءةُ، لأنها مرادةٌ له ولم يقع، قال السمهودي: وله بعضُ اتجاهٍ، وذهب أبو عبدالله السِّهامي إلى صحةِ البراءةِ، لوجود شروطها، ولا تَطْلُق لفوات الصفة، قال السمهودي: وهو أوجهها إلا أن يَقْصِدَ بالإبراء عند تلفُّظها كونَه جواباً لكلامه في مقابلة الطلاق، فلا يبرأُ إلا بوقوعه لتَضَمُّنِ ذلك شَوبَ المعاوضة. انتهى، وسيأتي فيها زيادةٌ في مسألة: حيثُ أبرأَتْ[1]. نعم لو أراد الزوجُ حصولَ البراءةِ ـ وذِكْرُه

---

(١) رقم ١٠٠١.

الخمسمائة توضيحٌ لما ظنَّه قَدْرَه لا لكونه حالاً ـ فلا شك في الطلاق بائناً، كما أطلقه إسماعيل ومَنْ تَبعه، وكذا لو قال: إن أبرأْتِني من مهرِك خمسَمائة ـ ولم يقل: وهو ـ فبانَ ثلاثَمائة: قال شيخنا: فالقياسُ أنها تطلُق، لأنه المقصود، وليس في اللفظ ما يُشْعر بالشرط، فهو كقوله: طلَّقْتُك بهذا الثوب الهَرَوي، فتطْلُق به وإن كان مَرْوِيّـاً، وتَبعه ابن مزروع، فلو أراد تلفُّظَ الزوجةِ بالإبراء لا بتعيين حقيقتِه فأبرأَتْ من الخمس طَلُقت رجعياً، كذا قاله السَّمهودي، والظاهرُ أنه يبرأُ من المهر وتَبِينُ، كما لو علَّق بعوضٍ ودخولِ دار.

ولو قال: إن أبرأْتِني فأنتِ طالق، ولم يذكر شيئاً ونَوَى المهرِ، فأبرأَتْه وذكَرَتْه أو نَوَتْه طَلُقت به بائناً، وإن اختلفت نيَّتُهما لم تطلُق، وكذا إن لم تذكُره ولم تَنْوِ، واحتملَ أبو زرعةَ وقوعَه فيه رجعياً، حملاً على التلفُّظ به، قال السَّمهودي: وكنتُ تَبعْتُه، وعدمُ وقوعِه أرجحُ، فإن أطَلَق وأبرأَتْه عن شيء براءةً صحيحةً: طَلُقت رجعياً، لوجود الصفةِ مع فقدِ صورةِ المعاوضة. أي: العلمِ بما أُرِيد، كما أفتى به القاضي، وما نُقِل عن القفَّال وغيرِه من عدمِ الوقوعِ محمولٌ على فَقْد نيَّتِها، وكذا ما ذكره الجلال البُلْقيني في «الحواشي» فإنه بناه على طريقةِ أبيه في اشتراطِ عِلْمها، وأفتى القاضي ابن عبسين بمثله، قال أبو زرعة: ولو علَّق بإبرائها له من المهر فقالت: أبرأَكَ الله: فكنايةٌ: إنْ نوتْ إبراءَه طَلُقت، وإن أرادتْ تلفُّظَها بالإبراء ولم تَنْوِ هي إبراءَه: لم تَطْلُق لأنها لم تُبْرِئْه.

## ٩٩٥ ـ مسألـة

لو قرَنَ بالإبراءِ من المهر أو الإعطاء غيـرَه مما يُقْصَدُ بالعِوَض، فإن ضَبَطَه بالصفة بحيثُ يَكْفي في البيع والاستئجار به: صحَّ وتعلَّق الطلاقُ

بوجود حقيقتهما، وإن لم يَضْبِطْها ففيه مسائل يُتَنَبَّه بها على غيرها:

إحداهما: قال: إنْ أبرأْتِني من مهرِكِ ونفقةِ العِدَّة: فأنتِ طالقٌ، فأبرأَتْه منهما: لم تَطْلُق، وإن كانت حاملاً تجبُ لها النفقةُ، لأنها لم تَجِبْ بعدُ نقله في «الكافي» عن القفَّال، وكذا السُّبْكي، والأذرعي والزَّركشي وغيرهم، ومثلُه: مهرِكِ ومُتْعَتِك، كما صرَّح به أبو شكيل وغيره.

والثانية: قال الجلال البُلْقيني في «حواشي الروضة»: قال لامرأته: إن أبرأتِني من مهرك وأسقطتِ حضانةَ ولدِكِ: فأنتِ طالق، ففعلتْ: الأقربُ لا تطلُق إذ لا يَسقُط حقُّها منها بإسقاطه، إلا أن يريدَ التلُّفظَ بذلك، فيقع بائناً لوجود البراءة. انتهى. وهي كالأولى، والأولى مثلها في قوله: إلا أن يريد التلُّفظ.

الثالثة: قال: إن أبرأتِني من مهرِكِ وأخَّرتِ دَيْنَكِ الذي عليَّ إلى سنتين فأنتِ طالق، فأبرأَتْه وأخَّرته، قال ابن الصلاح: وقعَ بذلك بائناً إلا أن يريدَ تأخيراً لازماً، فيفسُدُ فيه وفي البراءة، ويجبُ مهرُ مثلٍ، لأن الحالَّ لا يتأجَّلُ بالتأجيل، قال الغَزِّي: وفيه نظر، والقياسُ أن لاَ يقعَ، لأن الصفة لم توجد، وكذا قال الأذرعي، ومثلُها قولُه: إن أخذتِ بنتَكِ بكفالةِ سنتين، فقالت: أخذتُها، فأفتى بعضُهم بوقوعه، وغلَّطه الشيخ تاج الدين، لأن المرادَ الالتزامُ وهي لا تلزمُ للجهالة؛ ومثلُها في «نفائس» الأزرق فيمن قال لزوجته: إنْ أمهلتِني بدَيْنَكَ إلى الخير فأنتِ طالق، فأَمْهَلَتْه لفظاً: أن الجوابَ اتفقَ على فسادِ الصيغةِ ووقوعِ الطلاقِ بمهر مثلٍ.

وما سبق من قوله للأب: إن احتملتَ أو التزمتَ بمهر بنتك، وما

أطلقَه الكمالُ بـن يونس: أن الطلاقَ على تَأْقيتِ الدَّيْن بمدةٍ تأتي يُوزَّع عليها: يقعُ بائناً بمهر المثل: فإن أرادَ به الخُلْع المُنَجَّز بذلك: فهو حقٌّ، وكذا لو وقَع به في مسائلنا هذه، وإن أراد المعلَّق: فهو مثلُها فيه، قال السَّمهودي: والتحقيقُ في الكلِّ أنه إنْ أراد التلفُّظَ بذلك فتلفَّظَتْ به، أو الرضا به فرضيت ـ لا بالالتزام ـ: وقع رجعياً، وكذا إن أرادَ تعليقَه على فعلِ ما عُلِّق به فتطلُق بمضيِّه رجعياً؛ وإن قارنَه في شيء منهنَّ مالٌ: فبائناً، كما صوَّرته في بعض صورها، وإن أراد الالتزامُ الحقيقيَّ لم تطلُق. انتهى، وسبقَه لنحوِه الأذرعي، وأفتى أبو مخرمة بوقوعِ الطلاقِ في الكلِّ بائناً، لأن الرجوعَ إلى الحقائق يكونُ فيما له حقيقةٌ صَحيحة، فأما غيرُه فإنما يتوجَّه إلى ما توجَّه إليه اللفظُ، كالتعليقِ بإعطاءِ عبدٍ مغصوبٍ ومجهولٍ لوقوع لفظ الإعطاء عليهمـا استعمالاً مع الرجوعِ لبدلهما لا كالإبراء، فإن وقوعَه يُسقطُ الحقَّ بلا مقابلة، بخلافِ تأجيلِ الدَّيْـن ونحوه، فإنه يُقَابَلُ بعِوَضٍ ويُرجَع فيه إلى بدلٍ.

وكذا أفتى أبو شكيل في قوله: إن أبرأْتِني من مهرك واحتملْتِ بولدك، وأطلقَ الوقوعَ بمهرِ مثلٍ وبطلانِ البراءةِ، وهو كما ذكرنا عن ابن الصلاح وغيره، قال أبو مخرمة: والقياسُ صحةُ البراءة عن المهر حيثُ ذُكِرتْ مع غيرها، ووجوبُ حصةِ ما فسدَ من مهرِ المثلِ بقَدْر أُجْرته عادةً مع المُبْرَأ منه، فيقسَّط مهرُ المثْل عليهما، وطَوَّل توجيهَه، ولا شك أن ذلك فيما يُمْكِنُ فيه التقسيط، وأما غيرُه فيبطُلان ويثبُت عنهما مهر المثل، إذْ لا سبيل إلى إيجابه كلِّه مع صحة البراءة، ولا يمكنُ التوزيعُ، وذلك كقوله: إن أبرأتِني منه واحتملتِ بولدكِ مطلقاً، قال: وفي عمومِ كلامِ الغزالي ما يُؤْخذ منه الوقوع. انتهى.

وبالبراءةِ من المهرِ، والتقسيطِ حيثُ أمكن، ووجوبِ مهرِ المثل

حيثُ لم يمكنْ، كما ذكرنا جزم ابن عبسين، وهو معتَقَدي، فقد ذكر الأئمةُ أن من صُوَر تفريق الصفقةِ التي تصحُّ فيما يَقْبَلُ الصحةَ ويَتوزَّعُ الثمنُ عليه بيعَ عينَيْنِ مغَيَّبَيْـنِ لم يَرَ إحداهما، حيثُ يصحُّ في المَرْئيةِ، ويوزَّعُ الثمنُ بينها وبين الأخرى، لإمكانه، بخلافه في مجهول العين، كما سبَقَ في البيع، ولم يبطُلْ هنا فيما لا يكون صحيحاً إذا عُلِّق به ووُجِدتْ صورتُه، لأن التعليقَ بما لا يكونُ فاسدٌ، وتناولُه اللفظَ عادةً يُحملُ على وجودِ صورتِه، كما يأتي آخرَ الطلاق.

## ٩٩٦ ـ مسألـة

حيثُ أبرأتْ طَمَعاً في الطلاق، فلم يطلِّق، أو طلَّق فلم يقعْ لتخلُّف شرط لوقوعه: فإنْ كانَ الطمعُ بسببِ وَعْده أنه يطلِّقُها: فالمذهبُ صحةُ البراءة، وأنه إنْ طلَّق وقَعَ رجعياً، وإن وقَعَ بلفظٍ يشملُهما كما في قوله لها: طلَّقْتُكِ بألفٍ، أو إن ضمنتِ لي ألفاً، فأخَّرتْ، ثم أبرأتْ ظانَّةً حصولَه، وكتعليقِه بإبرائها عن المهر فأبرأَتْه، وقد برىءَ من بعضه، وكمسألةِ: إنْ أبرأتِني منه وهو خمسُمائة، فأبرأَتْه فبانَ ثلاثَمائة: فظاهرُ كلام المذهبين في مثلها: أنه تقعُ البراءةُ، ويَستفيدُه الزوجُ لتقصيرها، ولم يُخَرِّجوه على مثله: فيمن عَقَد عقداً مشروطاً عليه في بيعٍ فاسدٍ بظنِّ لزومه على ما فيها من الخلاف وترجيحِ بطلانه ـ قال السَّمهـودي: ولإلحاقه بها وجه، وقد جَرَى عليه الأَصْبحَي فيمن علَّق الطلاقَ بصيغةٍ فوريةٍ بالبراءة، فأبرأتْ مع التراخي ظانَّةً وقوعَه، فقال: لا تصحُّ البراءةُ، كما ذكره القاضي في «فتاويه» وهو كما أفتى، ولها نظائر في الصُّلْح، ولكن صحةُ الإبراء أوجَهُ، لأنها تبرَّعتْ به بناءً على ظنها، ومسألةُ العقدِ ظُنَّ فيها لزومُه، اللهم إلا أن تَقْصِدَ عند الإبراء جَعْلَه في مقابلةِ طلاقه،

فيكون كالملفوظ به، لشائبةِ ذكرِ المعاوضة، وفي قول الحَفَائلي في مسألة الخمسِمائة إشارةٌ إليه بقوله: لأنها مرادةٌ له.

أقول: وسبقتْ بما فيها[1] مع بحث السَّمهودي فيها هذا البحث، وبمثِله أجابَ القاضي إبراهيم بن ظَهِيرة إن قَصَدَ جَعْلَ الطلاقِ في مقابلةِ البراءة عند لفظه، يكونُ كلفظِ التعليق به حتى لا يحصُل إلا أنْ حصلتْ، وقَرَّر به كلاماً لجمال الدين بن ظَهِيرة في أبٍ قال لزوجِ ابنته: أنتَ بريءٌ من مهرها، فقال: هي طالقٌ وقَصَد: إن برئتُ منه، لشهادةِ العرفِ له بذلك، وكذا أفتى أبو شكيل في امرأةٍ قال لها زوجها: أشركتُكِ في أجرِ ما تخرجينَ من داري، فأبرأَتْه من مهرها ظانَّة صحة ذلك ولزومَه، وهي بحيثُ لا تُبرئُه لو لم تعتقدْه، قال: فلا يبرأُ، وهو محمولٌ على ما قالا من اعتبارِ قصدِ التعليقِ عند لفظها، ويؤيِّد ذلك ما سَبَق آخرَ مسألةِ: حيثُ لم يتفقْ إيجابُ الزوجِ[2]، عن زكريا: أنه لو تأخَّر جوابُه لطلبها الفوريِّ وقال: ظننتُ جوازَ تأخيرِه، فالظاهرُ تصديقُه، وهو ـ مع إطلاق أبي شكيل ـ مؤيِّدٌ لما سَبَق عن الفقيه أحمد والحفايلي من عدم البراءة، كما ذكرنا، ثم رأيتُ السمهوديَّ رجع إلى ترجيحه آخِراً في كتابه في حكم التقليد، مع ذِكْرِه أنه كان قد رأى ترجيحَ صحتِها، وأيَّد عدمَها بأشياءَ منقولةٍ عن الشافعيِّ والأصحابِ والشيخين، وسَبَق ذِكْر مثلِه في البيوع المنهيات، وبه أفتى في مسألة البراءة الفقيهانِ: إسماعيل الحضرمي وابن عجيل ثم المُزَجَّد.

وحيثُ لم يقع طلاقٌ بلفظه فقال بعده: أنتِ طالقٌ عالماً بأن الأولَ

---

(١) صفحة

(٢) رقم ٩٨٩.

لم يقعْ، أو مريداً لإنشاءِ آخَرَ: وَقَعَ، وإن أراد به توضيحَ الأول ِ بظنِّ حصوله لا زيادةَ غيره: فاحتملَ الزركشيُّ وقوعَه أيضاً، لأن الظاهرَ أنه إنشاءٌ، واحتملَ عدمَه لظاهرِ الحالِ، قال: وهو الأرجحُ إنْ وَصَل عُذْرَه بكلامه، وكذا إن فَصَلَه، كما قالوا في المكاتَب إذا أدَّى عما عليه حراماً يجهلُه سيدُه، فظنَّ أنه بريء فعَتَق، فقال: أنتَ حرٌّ، بناء على ظنه، فلا يَعْتِق على الأصح، وكذا ما ذكروه في الكتابة فيمن أقرَّ بطلاقٍ، ثم قال: إنما أقررتُ لظنٍّ ما جَرَى مني طلاقاً وتبيَّن لي عدمُه، وثَمَّ قرينةٌ تصدِّقه: أنه يُقْبَل.

## ٩٩٧ ـ مسألـة

حيثُ اعتبرنا علمَ أحدٍ من الزوجين فادَّعاه صُدِّق، لأنه لا يُعْرف إلا منه، وإن أنكره: فإنْ باشَرَه: لم يُصَدَّق، وكذا لو أنكرَ علمَ صاحبِه، وما حَصَل بغيرِ مباشرةٍ فلمنكرِ علمِه الحَلِفُ على نَفْي علمِه به، إلا أن يصدُرَ منه إقرارٌ بما يَقْتضي نفوذَه، نعم لو أقرَّتْ بالبراءة مثلاً وقالت: إنما أقررتُ لظنِّي صحـةَ ما جرى بيننا، وقد بان بطلانُه: صُدِّقت، كما أفتى به البُلْقيني، وهو حقٌّ، كنظيرها المذكور آنفاً.

## ٩٩٨ ـ مسألـة

قالت: أبرأْتُكَ من مهري فطلِّقني، بريءَ، ثم إن شاء طلَّق ويقعُ رجعياً، وإن شاء تَرَك، قال الرافعي: ويُمْكن أن يُقَال: إنها قَصَدتْ جَعْلَ الإبراء عوضَ الطلاق فرتَّبَتْ سؤالَها عليه، فلْيَكُنْ: كطلِّقْني وأنت بريء، وأسقطَ في «الروضة» كلامَ الرافعي، قال السَّمْهودي: ويُؤْخَذُ مما قدَّمنا ـ: أن من قالت: أردتُ ذلك بلفظي وساعَدَها الزوجُ ـ كونُها مثلها كما

أشعرَ به كلامُه. انتهى، ولو تلفَّظتْ بإبرائه، فقال: طلاقُك ببراءتك، أو بصحةِ براءتك، فينظَرُ: إنْ صحَّتِ البراءة وقع رجعياً، لأنه منوطٌ بماضٍ ولا عوضَ فيه حينئذ حقيقيٌ ولا تقديريٌّ، فأشبهَ قولَ من جَرَتْ له بيعةٌ مع آخر: إنْ صحتِ البيعةُ فامرأتي طالق، فلا توقُّف في كونه رجعياً، وإن لم تصحَّ البراءةُ وقَصَدَ التعليقَ بها لم يقعْ شيء، وكذا إن لم يَقْصِدْ شيئاً، لأن الظاهرَ حَمْلُه على التعليق لئلا يُلْغَى كلامُه، وإن قَصَدَ مكافأتها بالكلام طَلُقت رجعياً: صحَّتِ البراءةُ أم فسدت، قال ذلك كلَّه البُلْقيني، قال: وما قيل غيرَ ذلك فغيرُ معتمد، قال السَّمهودي: فلو زَعَم أنه أراد بقوله: طلاقُكِ ببراءتك استئنافُ خُلْعٍ: قُبِلَ قولُه، فإن كانتْ قَبِلَتْه فوراً طَلُقت، وإلا فلا، وحيثُ قَبِلت فإنْ كانتِ البراءة الأولى فاسدةً: وقعَ الأخيرُ بها، وإلا فبمهرِ المثل، كما سبق فيمن خالَع بمهرٍ قد برىء منه.

## ٩٩٩ ـ مسألة

قال: إن برئتُ من صداقِكِ فأنتِ طالق، ثم وفَّاها إياه، طَلُقت، إلا أن يريدَ بإبرائها له كما هو الغالب، فتُقْبَلُ إرادته ولا تَطْلُق، قاله محمد بن سعيد أبو شكيل، واستثناؤه ما أراده مؤيِّد لما سبقَ من صحةِ إرادةِ التعليق مع اللفظ المنجَّز بالعِوَضِ مع قرينةِ الحالِ بها.

## ١٠٠٠ ـ مسألة

حيث طلَّقها على مالٍ فلا بدَّ لصحة ذلك من قَبولها لفظاً، فلو أَعْطَتْه إياه فوراً بلا قبولٍ لم تَطْلُق، كما يُعلَم مما مرَّ، وعن ابن الصباغ والمُتَوَلِّي أنها تَطْلُق، وفي التعليق بالحَمْل من «الروضة» الجزمُ به في صورةٍ منه وهو مؤوَّل بسبْق القبول، وإذا علَّق بالبراءة من المهر فقالت:

بَذَلْته لك على طلاقي: لم يَكْفِ، لأن البذلَ غيرُ الإبراء وإن نواه، لأنه لا يَحْتَمله قاله ابن عجيل، ومحمد بن ظَهيرة، وفيه نظرٌ مع النية، لأن في الإبراء معنى البذل، ولذلك قيل: إنه تمليكٌ للدَّيْن، نعم لو قَبِل ذلك بعد قولها: بَذَلْتُه على طلاقي؛ وقع به، كما ذكره محمد بن ظَهيرة، ولو قال: إن أبرأتِني من مهرِكِ وشِرْكِكِ من إرثِ أبيكِ: لم تَطْلُق، إذْ لا يمكنُ الإبراء من الشِّرك وإن وَهَبَتْه إياه أو باعتْه، إذْ لا يسمَّى إبراءً، قاله القاضي ابن عَبْسِين، أقول: إلا أن يكون مُخَلَّف الأبِ دَيْناً على الزوج، فيصحُّ ذلك وتَطْلُقُ به، ولو قالتْ: بذلتُ صَدَاقي على طلاقي، فقال: أنتِ طالقٌ إن صحتْ براءتُك: قال ابن عجيل: لم تطلُق، إلا إنْ أجابته بالبراءة، ثم اسْتَحْسَنَ أنها تطلُق إذا أراد استئنافَ ذِكْر البراءة، وأجاب الفقيه إسماعيل بنحوه، وكأنه تمَّ الكلام بقوله: أنت طالق، وقولُه: إن صحت براءتُك: تأكيدٌ.

ومثلُه جوابُ أبي مَخْرَمه فيمن خالَعَتْ، قالت: خالِعني على هذا المال، فقال: خالعتُكِ إن لم تَرْجِعي فيه: بأنه صحيحٌ، ويتمُّ الكلامُ بقوله: خالعتُك، وما بعده تأكيدٌ، ويلزمُ فلا رجوع لها بعدُ، ومثلُ ذلك قولُ الشيخين في قولها: طلِّقني بألفٍ، فقال: أنتِ طالق وعليك ألفٌ، يَلْزَمُ بقوله: أنتِ طالق، وما بعده بيانٌ، ومثلُه قولُه: إن أبرأْتِني من صداقكِ فأنتِ طالق، فقالت: أنتَ بريءٌ منه على صحةِ البراءة، فيقعُ عند قولها: منه، ولا تضرُّ الزيادةُ، لأنها مقتضاه، كما نقل عن ابن عجيل وصوَّبه الفقيه حمزة الناشري، وفي «فتاوى» موسى بن الزين في من قالت: بذلتُ صداقي على طلاقي، فقال: أنتِ طالقٌ على صحة البراءة: فلا تطلُق ولا تبرأُ حتى تُبْرِئه، أي: لأن البذلَ غيرُ الإبراء، فلا بدَّ من جوابٍ لإيجابه، وسبقتْ عن غيره قريباً.

## ١٠٠١ ـ مسألـة

الخُلْعُ بالدراهم إن كان منجَّزاً حُمِل على نقد البلد، وإن كان معلَّقاً حُمل على دراهم الإسلام الخالصة، فإن كان الغالبُ مغشوشاً لا يبلُغ خالصُه وزنَ الإسلامي، فأعطَتْه منه: لم تَطْلُق، على ما صحَّحه الشيخان، مع استشباهِ نقلٍ فيها في «الروضة» وصحَّح في «العباب» أنها تطلُق به، ويملكُه الزوجُ، وليس له ردُّه، وسبق في الإقرار ما يؤيِّده، فإن اتَّفقا على إرادته: فالوجهُ الجزمُ به، لإطلاق اسمِ الدراهمِ عليه، وقد صحَّحوا أنه لو طلَّقها على ألفٍ مبهمةٍ وأرادا نوعاً حُمِل عليه، وحيثُ كان التقديرُ فيها بالعدد: جاز وحُمِل عليه، ويصح الإبراء منه وإن جَهِلا وزنَه، كما أفتى به الإمام أحمد بن موسى التَّعِزِّي، وقرَّره أبو مخرمة، وسبق في البيع ما يؤيِّده.

## ١٠٠٢ ـ مسألـة

قالت: بذلتُ صداقي على طلاقي، فقال: طلِّقي نفسَك، فطلَّقَتْها فوراً، فقيل: يقعُ به، ونقل عن أحمد بن موسى بن عجيل، وسبقَ عن موسى بن الزين خلافُه، وهو عندي أظهر، ولو قالت: طلِّقني على كذا، فقال: طلَّقْتُكِ به إن شئتِ، فهو ابتداءٌ منه فلا يقعُ إلا إن أجابتْه، أو أراد بـ «إن» معنى «إذ» وحيثُ علَّق بالضمان فلا بدَّ من لفظه فلا يَكْفي عنه: قَبِلتُ، أو شئتُ، فلو عبَّرتْ بمرادفٍ له: كالتزمتُ، فَتَحْتَمِل إقامتُه مُقامه، قال زكريا: وهو المتَّجه، أقول: ومثلُه لو قالت: أردتُ، بدل: شئت، ولو قال: أنتِ طالق إلا إن أبرأتِني من نصفِ مهرِك، فأبرأَتْه منه ولو بعد مدَّة: فعن الأَصْبَحي أنها لا تطلُق، ولا يشترطُ الفَوْر، وأنه مفهوم من «العزيز» وفي معناه كلُّ استثناء، والظاهرُ بقاءُ وقته إلى اليأس منه، بإيفائه، أو

بموتِ أحدِهما، ونحوه، فلا يُحْكَم بطلاقٍ ما دام المستثنى ممكناً.

## ١٠٠٣ ـ مسألـة

قال: أنتِ طالقٌ وتمامُ طلاقِك بإبرائك، فهل يتعلَّق به؟ فيه وجهان في «فتاوى» العمراني قال الأَصْبحي: ويظهرُ أنه إنْ لم ينوِ كونَه شرطاً: وقعَ في الحال، وإن نواه فصَدَّقْته: تعلَّق به، وهو الأصح في «النفائس» وظاهرُه وقوعُه إن لم ينوِ شيئاً، وفيه نظر، وقد يظهرُ رُجْحانُ عدمِه، كما سبق في قوله: طلاقُك ببراءتك، ولأن الكلامَ إذا اتَّصل وانتظم يرتبطُ بعضُه ببعض.

## ١٠٠٤ ـ مسألـة

قال: إن أبرأتِ فلاناً من دَيْنِكِ فأنتِ طالقٌ، فأبرأَتْه: طَلُقت رجعياً، نقله الشيخان عن القفَّال، وأقرَّاه، إذْ لم يقع للزوج نفعٌ، ولو قال: إن أرضعتِ ذا الولدَ حولين فأنتِ طالقٌ، فأرضعتْه ذلك: طَلُقت، فإن كان يلزمُه رضاعُه وَقَع بائناً، وإلا فرجعياً، قاله ابن أبي الخَلِّ، ولو قال: إن أبرأَني فلانٌ من دَيْنه فامرأتي طالقٌ، فهو تعليقٌ محضٌ، فتطلُق به رجعياً، كذا قاله الطَّيِّب الناشِري، وفيه نظر، ووجهُ كلامِه: عدمُ خطاب المُبْرِىءِ الدالِّ على رغبته في اختلاعها، ومن ثبوتِ الرجعةِ فيما ذُكِر يُؤْخَذُ عدمُ اشتراطِ الفورية، فلو أرسلَ إليه بذلك لِيُبْرِئه فهو بائنٌ، كقوله: إن أبرأَتْني زوجتي، ويجيءُ في الفورية بعدَ العلمِ ما فيها، كما ذُكر أول الباب.

## ١٠٠٥ ـ مسألـة

لو قال: إن أبرأَتْني من مهرها فأنتَ وكيلٌ في طلاقها، فأبرأَتْه برىءَ،

ثم إن شاء الوكيل طلَّق، ويقعُ رجعياً، إذِ العوضُ وقعَ في مقابلةِ التوكيل، فلا فوريةَ فيه، وله تركُ التطليق، كما أفتى به ابنُ أبي الخلِّ ـ أو بنحوه ـ وغيرُه، فلو قال: إن ضَمنتْ لي بألفٍ فأنتَ وكيلٌ في طلاقها، فضمنتْ له به، فطلَّق الوكيل لم تطلُق فيما يظهر، لأن مجردَ الضمانِ لا يصحُّ إلا عن لازمٍ، أو في مقابلةِ خُلْع، فلم تُوجدِ الصفةُ المعلَّقُ عليها، قاله عبد الرحمن بن مزروع.

### ١٠٠٦ ـ مسألة

قال لامرأةٍ: اخْتَلِعي نفسَك من زوجك ولك عليَّ كذا، ففعلتْ، لزمَه، ذكره صاحب «البيان» في «فتاوية» عن الطبري، ومرادُه صاحبُ «العُدَّة» كذا في «النفائس».

### ١٠٠٧ ـ مسألة

طلَّق زوجتَه على أن يزوِّجه زيدٌ بنتَه ويضعَ المطلَّقةُ صداقَها، فقَبِل: طَلُقت، ولزمَ مهرُ مثلٍ وبانتْ، وإذا تزوَّج البنتَ على ذلك صحَّ بمهر المثل، قاله ابن القطان، وقال: ولو قال: طلِّقها على أن أطلِّق امرأتي، وهو العوض، ففعل: وَقَعا رجعيَّيْن، قال ابن كَجٍّ، وعندي لا رجعةَ، ولكلٍّ منهما مهرُ مثل زوجتِه. كالأَولي، قال زكريا: وهو ظاهرٌ، لأنه خُلْع فاسد، وقد تُوَجَّهُ الرَّجعةُ بأنَّ عوضَهما غيرُ مقصودٍ، فيكونُ كالدَّم؛ وليس بظاهر، إذْ هو مقصودٌ وإلا لم يقابَل بالعِوَض، فلو قال: طلِّقْها على أن أُعتِقَ عبدي عوضاً عن ذلك، ففعل، طَلُقت، وإذا أعتقَه هل ينفُذ؟ وجهان، وهل يَكْتفي كلٌّ منهما بما فَعَل، فلا يلزمُه لـلآخر شيء؟ وجهان، قال زكريا: والأوجهُ رجوعُ الزوجِ على الآخر بمهر مثلٍ، ونفوذُ

العتقِ، ورجوعُ سيدِه على المطلِّق بقيمةِ العبد، وهو ما نقله في «الروضة» عن ابن كَجٍّ، ذكروا ذلك في أركان النكاح عند مسألة الشِّغَار[1].

## ١٠٠٨ ـ مسألة

قالها لها: طلَّقتُ ـ أو خالعتُ ـ نصفَك، أو بعضَك، أو يدَك بكذا، فقبلتْ: بانتْ بمهر المثل، وكذا: طلَّقتُك نصفَ طَلْقةٍ، أو بعضَها، وقولُها: طلِّقْني نصفَ طَلْقة، أو: طلِّق يدي، أو نصفي، ففعلَ: أو طلق[2] الكل لفسادِ الصيغةِ فيهنَّ، فلو قالت: طلِّقني بألف، فطلَّق يدَّها به. فكذلك، إذ لا يُعْرف قِسْطُها، فلو طلَّق نصفَها وجبَ نصفُ المسمَّى، لأنها بدأت بصيغة جِعالة صحيحة، فأجابها بما يَقْبَلُ القسمةَ مع حصول مقصودها، وصار كردِّ عبدٍ من عبدَيْن جُوعِلَ عليهما، قاله البغوي، وقُرِّر.

## ١٠٠٩ ـ مسألة

توكيلُ الزوجِ في الخُلْعِ بألفٍ ينحصرُ فيه أو في أكثر، فإن نَقَص أو أجَّله أو بغير جنسه: لم يصح، فإن أَتَى به وزادَ: صحَّ وإن كان الزائدُ غيرَ جنسه، ومُطْلَقُه يُحْملُ على مهر مثلها من جنسه، فإن نَقَصَ أو خالفَ ما ذُكِر: ففي «المنهاج» يبطُل، كالأول، وفيه قولٌ يصحُّ بمهر المثل،

(١) نكاح الشغار: أن يتزوَّج الرجلُ امرأةً على أن يزوجَ أخرى بغير مهر، إنما يكون مهر كل واحدة يُضْعَ الأخرى.

(٢) كذا في الأصل، والصواب حذف أو، وتكون العبارة هكذا: طَلُق الكلُّ، وهي خبر «قولُها».

وصحَّحه في «الروضة» و«التصحيح» ونُقِل عن نصِّ الشافعي، لأنه لم يُخالِفْ كلامَ الموكِّل، بخلافه في الأُولى، قال في «المهمات»: وبه الفتوى؛ وفيه نظر حيثُ نَقَص عنه من أجل أنها لم تَرْضَ إلا بما سمّتْ، وإذا زاد وكيلُها على ما سمَّتْه، أو على مهرِ مثلٍ عند عدمِ تسميتها العوضَ، أو سمَّى غيرَ ما سمتْه: فقد أساء، ثم إنْ صرَّح في خُلْعه بأنه عنها والعوضُ عليها: بانتْ بمهر المثل على الأظهر وإن زاد على مسمَّاه أو نَقَص عن قيمة مسمَّاها، ولا يطالَبُ به إلا أن يقولَ: وأنا ضامنٌ ونحوه، بل الطلبُ عليها، وإن أطلقَ الخُلْعَ ولم يَنْوِها: وَقَع عن نفسه، كما اقتضاه كلام الإمام وغيره، ونقله زكريا وجَزَم به، وإن نَوَاها فعليها ما سمَّتْه، وعليه ما زاد، وللزوج هنا مطالبتُه بالكلِّ، ثم يَرجِعُ هو عليها بما سمَّته، وظاهرُ كلامهم أن له مطالبتَها بالكلِّ أولاً، قال الرافعي: وقضيةُ التعليلِ في لزومِ الزائدِ له بتولُّده من فِعْله بغير رضاها رجوعُها به لو غرمتْه، يعني: وطَلَبها به له إذا طُولبت، قال زكريا في «شرح البهجة»: ويُؤْخَذ من هذا أنها تَرجِعُ عليه أيضاً بما زاد على مسمَّاها إذا غرمتْه فيما إذا صرَّح بوكالتها، واستبعده بعضُهم، وليس ببعيد. انتهى.

أقول: وهو فيها حيثُ قال: «وأنا ضامن» فطُولب وسَلَّمَ، وقد نقل الشيخان عن البغوي ما هو حاصله، وهو أنه لا يَرجِعُ إذا عزمَ إلا بما سمَّتْ، وقضيتهُ أنها ترجعُ بالزائد لو غرمته فيها، ويكونُ قولُه: وأنا ضامن: كتصريحه بالتزامه للزائد، ووجهُه واضحٌ، وكلامُ زكريا في الرجوع به أعمُّ، فإنه يَعُمُّ الرجوعَ لها بما زاد على مسمَّاها إذا غرمتْه في كل الصُّوَر، وهو من حيثُ المعنى قويٌّ جداً، إذْ كيف يكلَّف الإنسانُ شيئاً لم يَرضَ به، ولم يحصُلْ بفعله، ولا تولَّد من تقصيره، وقد يقعُ فيه كثيرُ مَشَقَّةٍ بأنْ تَأْذَنَ لشخصٍ أن يختلعَها بدرهمٍ مثلاً، ومهرُ مثلها ألفُ

دينار، فيختلعُها بدرهمين، فَيُسْتَبْعَدُ أن يجبَ عليها ألفُ دينار مع رضاء الزوجِ بدرهمين! بل لو لم يَرُضَ فما زاد على الدرهم تكليفٌ لما لم يصدُر منها فيه إذْنٌ!! لكن نقول: سمعْنا وأطعْنا، مع ما في النفس من الاستشْكال إن لم يكنْ نصٌّ قاطعٌ أو إجماعٌ.

## ١٠١٠ ـ مسألة

المنقولُ أن قولَه لزوجتَيْه: إحداكُما طالقٌ بكذا: باطلٌ لا يقعُ به شيء، وقولُه لعبديْه ذلك: صحيحٌ، فإذا قَبِلاه عَتَق أحدُهما وعليه تعيينُه، ويلزمُه للسيد قيمةُ رقبتِه، لا المسمَّى، لفساد الصيغة بالإبهام، فإن لم يَقْبَلا معاً: لم يقع عِتْق، قال الرافعيُّ: ويمكنُ أن يكونَ ذلك إذا لم يقصدْ معيَّناً، فإن قصدَه وقَبِل: عَتَق يعني بالمسمَّى، وكلامُ الماوردي قد يقتضي إلحاقَ الطلاق بالعِتق، وجزم به ابنُ الرِّفْعة تَفَقُّهاً، ويكون مهرُ المثل فيمه كالقيمة، قال البغوي في «الفتاوى»: ولعل قائلَ ما سبقَ في العِتق يقولُه؟ قال زكريا: وهو الأوجهُ معنىً لا نقلاً، وللفارقِ بينهما الفرقُ بتشوُّفِ الشارعِ إلى العِتْق، وتنفيرُه عن الطلاق، أقول: وليس بمُنْقَدِح.

## ١٠١١ ـ مسألة

أفتى شيخنا عبدالله بن عبد الرحمن بافضل أن قوله: متى نَذَرَتْ لي زوجتي بكذا: كقوله: متى أبرأَتْني، فتطلُق بالنذر بما ذَكَر بائناً على الأصح ـ وإن كان مجهولاً، لصحةِ النذر بالمجهول وطَوَّلَ الكلام فيه، وصحَّحه شيخنا الفقيه الشريف محمد بن عبد الرحمن الأسقع باعلوي، ونَقَل الأولُ العملَ به عن بعض أهل العلم قبله، وأجاب الشريف علي السَّمهودي بوقوعه رجعياً، لأن النذر قربةٌ، فالتعليقُ به كَهُوَ بالصلاة، ومال

إليه بعضُ أهل عصره، وأجاب الأولُ بأن الإبراء أيضاً قربةٌ، وقد أطبقوا على ترجيح أنه يقعُ به بائناً، أقول: وهو الذي نعتقدُه، ورُبَّ نذرٍ يكون موجِبه غَرَضاً دنيوياً كقول الراغبةِ عن زوجها: إنْ طلَّقتني فعليَّ لله ـ أو لفلان ـ كذا، لرغبتها في الطلاق، فقد اقتضى كلامُهم في النذر لزومَ ما التزمتْه، ولو قال: إن أبرأْتني منه، فنذرتْ له به: برئ، ولم تطلق، إذِ الإبراءَ غيرُ النذر، نُقِل عن القاضي محمد القماط، والقاضي عبد الرحمن الناشري، بخلاف قوله: إن برئْتُ منه، فيقع.

## ١٠١٢ ـ مسألة

طَلَبَتْه ثلاثاً بألفٍ، فقال: أنت طالق واحدةً بثُلُثِه، وثنتين مجاناً، طَلُقت واحدةً بثلُثُه وبانتْ بها، فلو قال: ثنتين مجاناً وواحدةً بثُلْثِه ـ وهي مدخولٌ بها ـ طَلُقت كما ذَكَرَ ثلاثاً، وله ثُلُثُه، ومثلُ الأول قولُه: أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ، إلا أن يريدَ الثلاثَ بأوَّلِ كلامه.

## ١٠١٣ ـ مسألة

الخُلْعُ على الصداقِ المعيَّن قبلَ قبضِه فاسدٌ موجِبٌ لمهر المثل، وبعد قبضِه قبلَ الدخولِ لا يُبْطِلُ حقَّ الزوج في نصفه، فيرتدُّ له، لأجل الفراق، وعليها نصفُ مهرِ المثلِ لأجله.

## ١٠١٤ ـ مسألة

مَنْ طَلَب منهما عدداً ـ كثلاثٍ ـ فأجابه الآخر في الحال به مفرَّقاً: كواحدةٍ وواحدةٍ وواحدةٍ: فكالمجتِمع، وكذا لو طَلَبتْ عدداً فأَطْلَق ونَوَاه.

## فصــل في الاختلاف

من ادَّعى الخلعَ فأنكرَ خَصْمُه: صُدِّق المنكر، وكذا من قال: طالَ الفصلُ بين كلامَيْنا، أو زوجٌ خاطبَ إحدى ثنتين وقال: قصدتُ غيرَ المُجيبةِ، لكنه يُوَاخَذ إن ادَّعى ما يوجب الفُرقة، ويبقى لها حقُّ الزوجية، فإن ادَّعى أنه خالعَها مكرهةً، فقالت: بل مطاوِعةً وحَلَفت: فلا مالَ له إن لم يَقْبِضه، ولا حقَّ لها بالزوجية، وحكمُ الاختلافِ بين الزوجِ وأجنبيٍّ في الاختلاعِ كَهُوَ مع الزوجةِ في الحَلِفِ والتَّحالُف.

## ١٠١٥ ـ مسألـة

قولها: طَرَح الله لكَ: كنايةٌ في الإبراء، فيقعُ به الطلاقُ المعلَّقُ بالإبراء إنْ نَوَتْه عما علَّق به، وتُصـدَّق بيمينها في قَصْده، فلو قالت: طَرَح الله لك على تمام البراءة، فقال: أنت طالقٌ واحدةً، فقالت: إنما أردتُ بتمام البراءة الطلاقَ الثلاثَ: صُدِّقتْ بيمينها ويترتَّبُ عليها حكمُ ما لو صرَّحت بها، كذا أفتى به أبو مخرمة، قال: فإذا جعلَ الواحدةَ في قَبيل المهر لم تَطْلُق. أقول: وهو نظيرُ قولها: طلِّقني ثلاثاً بألـف، فطلَّق واحدةً به.

## ١٠١٦ ـ مسألـة

قالت اختلعتُ منك نفسي بمهري، فأنكرَ وحَلَف، فلا تَطْلُبُه، لأنها تدَّعي براءتَه منه، بخلاف من ادَّعى شراءَ دارِ زيدٍ بدَيْنه عليه، فأنكر وحَلَف، فإن له المطالبةَ بدَيْنه، لأن الخلعَ يُسْقِطُ الدَّيْن سقوطاً، لا عودَ فيه، وقد أقرَّتْ به، والشراءُ قد يعودُ عوضُـه بتلَـفِ المبيع قبلَ قبضِه أو فَسْخِه، فلم يقعْ اليأسُ منه، كذا نقله الشيخان عن البغوي وأقرَّاه.

أقول: وأيضاً اليدُ في المالِ حقيقةٌ فلا يُعقل أن يقالَ لصاحب الدار: هي لك ولا دَيْن عليك، بخلاف البُضْع فإنما هو من باب الانتفاع وقد يتخلَّفُ عنه العوضُ، كتزوُّجِ العبدِ جاريةَ سيدِه.

## ١٠١٧ ـ مسألة

مَنْ خالَعَتْ ثم ادَّعتْ على زوجها أنه أبانَها قبلُ: فلا يلزمُها شيءٌ، أو أنه أقرَّ بفسادِ نكاحِها وأَنكَرَ: صُدِّقَ بيمينه، ومن علَّق الثلاثَ بشيءٍ فوقَعَ، ثم ادَّعى أنه خالَعَها قبلَ وقوعِه: لم يُقْبَل وإن وافقتْه، وتُسمَعُ البيِّنةُ به.

## ١٠١٨ ـ مسألة

طلَّق رجعياً، ثم جاءَ لشخصٍ لِيُشْهِدَه على وقوعه، فقال له الشاهد ـ وهو لا يعلم طلاقَه السابقَ ـ: قد خالَعْتَها على كذا بطَلْقة؟ فقال: نعم، فقَبِلَتْ، ثم قال المطلِّق ـ وهو عاميٌّ ـ لم أُرِدْ بالثانية إنشاءً بل أردتُ الماضيةَ، قال ابن الصلاح: صُدِّق بيمينه، ولا تقعُ الثانية، وله الرَّجْعة، ونَقَله العَزِّي في «أدبه» والأزرق في «النفائس».

## بـاب الطلاق
## ونسأل الله الاتفاق على ما يحبُّ ويرضى من غير شِقاق

هو سُنَّةٌ لخوفِ التقصيرِ في الحقوقِ لبُغْضٍ أو غيرِه، ولعدم عفَّتها، قال ابن الرِّفْعة: ولأمرِ الوالدِ به، وهو ظاهر، قال زكريا: إلا لتعنُّـتَ ونحوَه، ويجبُ على المُوْلي إنْ لم يَفِ، ويُكْرَهُ مع سلامة الحال، وحرَّمه أبو حنيفة حينئذ، كما ذكره ابن هُبَيرة، ولا يصحُّ إلا من زوجٍ أو نائبه، إلا القاضيَ فإنه يُطلِّق على المُوْلي إذا امتنعَ منه ومن الفَيْئَة، ولا يطلِّق الولِّي زوجةَ محجورِه وإن أضرَّتْ به، ولا بدَّ فيه من لفظٍ بحيثُ يسمعُه إن كان صحيحاً في الأظهر، ولا يقعُ بلا لفظٍ عند أكثر العلماء، وأوقعه مالكٌ بالطلاق النفساني على ما عُرِف عندهم، ومنِ اعترفَ بفسقِ شاهدِ عقدِه، أو أنه نَكَحَ الأمةَ مع الطَّوْل وأنكرتِ المرأةُ: جُعِل طلاقاً في حقِّه، لا إنِ ادَّعتِ النكاحَ فأنكَرَ، كما في «فتاوي» القفال لأنها لا تُنْشِئه، ولم يَجْرِ منه ما يُوجِبُه.

وصريحُه: الطلاقُ، والسَّراَح، والفِراق، وما تَصَرَّف منها، إلا قولَه: أنتِ طلاقٌ، أو: الطلاقُ، فكناية، وكذا: إنْ فعلتِ كذا ففيه طلاقُكِ، كما أفتى به أبو مخرمة، أو: فهو طلاقُك، كما أفتى به شيخنا عبدالله بافضل، وتكوني طالقاً، إلا أن يعلِّقه بشيءٍ وحَصَل، كما أفتى به زكريا، بخلاف: كُوْنيه، واطلُقي؛ وترجمةُ الفِراقِ والسَّراحِ بالعجمية: كنايةٌ عند الإمام، والرُّوْياني، قال الطنبداوي: وكذا: اسرَحي، إذا لم يُعْـرف

عندهم إلا للذهاب على الظاهر، كما يُؤخذ من كلامهم في الأَيمان ونحوها، وترجمةُ الطلاقِ صريحٌ على المذهب، وقولُه: أنتِ ثـلاثٌ طالقٌ، ومائةٌ طالق، طلاقٌ ثلاثٌ، وعن النصِّ في: أنتِ ثلاثُ طلقات، لا يقعُ به شيءٌ، قال ابن عبسين: واعتقادي أنه كناية، وقولُه: أنتِ طالقان أو طوالقُ صريحٌ في واحدة، وكذا: الطلاقُ لازمٌ لي، أو واجبٌ عليَّ ـ لا فرض ـ للعرف عند الأكثرين.

وفي البحر عن المزني: أنَّ عليَّ الطلاقُ كنايةٌ، وأفتى محمد بن يحيى، وابن الصلاح بما يَقْتضيه، وقال الصَّيْمَري: هو صريح، قال الزَّرْكشي: وهو الحقُّ لاشتهاره، وزكريا: هو الأوجهُ، واختاره كثير من المتأخرين، لشهرته، وَلْيُخَصَّ بموضعٍ اشتَهر فيه، وجَزَم في «العباب» بأنه كناية، وهو ما كان يظهرُ ميلُ شيخنا إليه، ومثلُه: يَلزمُني الطلاقُ، كما صرح به الصَّيْمَري وغيره، وقوله: طلَّقك الله، ولِمَدِيْنِهِ: أبرأَكَ الله، ولعبدِه: أعتقك الله: صرائحُ، كما أشعر به كلام العَبَّادي، وجزم به في «الروض» و«شرحه» و«العباب» وقال البُوْشَنْجِي: هي كناياتٌ، ورجَّحه في «جامع المختصرات» ونقله عن القاضي، لاحتمال الدعاء، وأفتى به أبو مخرمة، وكذا رجَّح: أن الطلاقَ لازمٌ لي، أو واجبٌ عليَّ: كنايةٌ، كما رآه البُوْشَنْجي في كلِّ ذلك، ولم يرجِّح الشيخان شيئاً، وقولُه: لكِ الطلاق: كنايةٌ، وكذا: أنتِ طَلْقة، أو: مع طَلْقة، أو: وطَلْقة، وكذا: كلُّ طَلقة، على ما رجَّحه الإسنوي، وجزم به في «العُبَاب» وقيل: صريحٌ، وهو ما في «الروضة» وكذا: أنتِ بطَلْقة، كما صوَّبه في «الأنوار» وإن سكتَ في «الروضة» على نقلِ أنه لغوٌ؛ وأنتِ كلُّ طالق، أو نصفُ طالق: صريحٌ.

وألفاظُ العِتْق كنايةٌ هنا، وعكسُه، فلو وكَّل زوجَ أَمَته بعِتْقها فتلفَّظ

بالطلاق بنيَّة العِتْق، أو: وكَّل الزوجُ سيدَها بطلاقها فتلفَّظ بالعِتق بنيَّة الطلاق: وقع ما نَوَيا، وإنْ نَوَياهما معاً وَقَعا، وقولُه: لستِ لي بزوجةٍ، أو لم يبقَ بيني وبينك شيء! قال بعضهم: وعليَّ السبيلُ منكِ كناية، فإن كان الأولُ في جواب دعوى: فإقرار، وقولُه: أوقعتُ عليكِ الطلاقَ: صريحٌ، وكذا: وضعتُه، في الأوجه، لا: فتحتُه، ورددتُه عليكِ، بل هو كنايةٌ، وقولُه: لكِ طلقة: صِريحٌ في وجهٍ جَزَم به في موضع من «الروضة» وفي «العباب» والأوجه كما قال زكريا: إنه كناية، فلو قال: أردتُ الدعاءَ بها، وقلنا: إنه صريح: لم يُقْبل قولُه ظاهراً إلا بقرينةٍ، كما في مسألة حَلِّ الوِثاق، قاله أبو مخرمة، وكذا في «العباب» أن: يا طالُ : كنايةٌ، ليكون ترخيمَ «طالق» إن نَوَاه، وهو الظاهر، وفي «الروضة» ما يُؤخذُ منه ترجيحُ كونِه طلاقاً وإن قال: أنتِ طالِ ، ورجَّحه في «مختصرها» لابن المُقْري، وهو ضعيف في المعنى، فإنه يصلُح ترخيماً لـ «طالب» و طالع» وشاذٌّ في استعماله مرخَّماً حتى في النداء أيضاً، إذْ ليس علماً، ولذلك قال البُوْشَنْجي: إنه لا يكونُ كنايةً في غيرِ النداء، وجَزَم به في «العُبَاب».

و: لك الطلاق، وأنتِ والطلاق، ومعه، وفيه: كنايةٌ، وقولُه: طلَّقت، فقط، أو: امرأتي، فقط: ليس بشيء وإن نَوَى، وكذا قوله: الطلاق ـ أو الحرام ـ لأفعلنَّ كذا ـ ولم يقل: عليَّ ـ كما جَزَم به أبو شكيل، وكذا: أنتِ كذا، وأنتِ كما أُضْمِرُ، وبطلاقك لأفعلنَّ، لأنه حَلِفٌ به، وليس أهلاً له، كما في «الرّوضة» ولو قال: أنت تالق: فأَفْهَمَ كلامُ الحسني الأهدل[1] أنه كناية، وبه أفتى الإمام الأُسيوطي، بل مالَ إلى صراحتِه في عوامٍّ بلدٍ عُرْفُهم إبدالُ الطاء تاءً، وتَوَقَّف في فقهائهم، وفي إلحاق: «دالق» به و «طالك» ولا يُلْحَق بهما: «تالك» و دالك» عنده،

(١) تقدم النقل مراراً عن: حسين الأهدل، فهل هو هو، وتحرف اسمه، أو غيره؟.

أما قوله: حرَّمتُكِ، أو: أنتِ عليَّ حرام، أو: عليَّ الحرام فيكِ ونحوه: فإن نوى به الطلاقَ، وإلا لزمتْه كفارةُ يمينٍ وإن أَقَّتَه، كما أفتى به أبو مخرمة، إلا إذا كانتْ حائضاً أو صائمة ونَوَى تحريمَ وطئها، وحيثُ علَّق على التحريم بشيءٍ تعلَّق الحكمُ بوقوعه، كما يؤخذ من «الروضة» في الركن الثاني في الإيلاء، وقوله: أنتِ حرامٌ ـ بدون: عليَّ ـ كنايةٌ، وكذا: عليَّ الحرام فقط، فإنِ اشتَهَرَ فكَعَليَّ الطلاق، في الطلاق على ما يظهر.

فإن قال: عليَّ بالحرام: قال القاضي ابن عبسين: فإن نَوَى به اليمينَ لم يكن شيئاً، كما قلنا في قوله: بطلاقكِ لأفعلنَّ، وإن قَصَدَ: عليَّ الحرام: فهو مثلُه، وكذا إن لم يقصدْ شيئاً حملاً على زيادة الباء، كما قد يقعُ، وللعرف في استعماله، فإن حَرَّمَ عددَ زوجات أو إماء، أو كرَّر التحريمَ: لم تتعدد الكفارة[1] وإن كان في مجالسَ إن نَوَى التأكيد، وكذا إن أطلَقَ ـ على الأوجه ـ كاليمين بالله تعالى، وإن نوى التعدُّدَ تَعَدَّد، وقوله: أنتِ كالميتة، أو الخنزيرِ كأنتِ حرامٌ إن نَوَى، وكذا إن أطلَق، على ما جَزَم به في «الأنوار» و«الروض» لا إنْ أرادَ الاستقذار، ولو قال: إنا تائبٌ من وطئِكِ أو نحوه: فالظاهرُ أنه لغوٌ، كما قاله شيخنا عبدالله بن عبد الرحمن بافضل.

وقولُه لها: أنتِ بنتي ونحوه: إقرارٌ بنسَبٍ، فإن ثَبَتَ ـ لكونها مجهولَته ـ وصدَّقَتْه: تَبَيَّنَ أن لا نكاحَ، فإن لم يكنْ ـ لكونها في سِنِّه أو نحوه ـ فكذبٌ، أو مُنِعَ لكونها منسوبةً لغيره ونحوه، مع صلاحيتها لذلك: لم تَلْحَقْه، كما سبق، وفي «الأنوار» في العتق: أنها تطلُق، وأطلقَ في «العُبَاب» أنها كناية، وهو يشملُ كلَّ الأحوال، حيث لم يَثْبُتِ النسب،

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: لم يبعد تعدُّد الكفارة».

وهو الظاهر، كما رجَّحه النووي في قوله: يا بنتي، في النداء، ويفارقُ عِتْقَ المملوكة ـ بذلك في الأخيرة، وإن لم يَنْوِ ـ بأنّ الطلاقَ مستلزِمٌ لسبْق النكاحِ المعلومِ وقد ظَهَر، فَيُحْملُ إطلاقُ قوله: أنت بنتي على لُطْف المـودَّة، بخلافِ العتقِ في النسب إذا أمكنَ، وإنْ خفي، لم يثبتْ لاستناده إلى أمرٍ خفيٍّ كوطءٍ بشبهةٍ أو استدخالِ ماء.

## ١٠١٩ ـ مسألـة

قولُه: أنتِ طالقٌ أوْ لا ـ بتسكين الواو ـ: لغْوٌ، إلا أن يريدَ إنشاءَه فتطلُق، ولو قيل له: طلِّق امرأتَك، فقال: طلَّقتُ، أو قال لها: طلِّقي نفسَك، فقالت: طلقتُ: وَقَع، وكذا لو قيل له: إن فَعَلْتُ كذا فهي طالق، فقال: طالق، وفَعَلَه، إلا أن ينويَ غيرَها، ولو قالتْ له: إني مطلَّقة، فقال: مرةً، فأقربُ احتمالين للمُزَجَّد كونُه كناية، قال: ولا تطلُق بقوله: أنتِ ط ا ل ق، أقول، ولعله حيثُ لم ينوِ، بل ينبغي أن يقعَ لو اقتصرَ على: أنتِ طا، ونَوى، لـورود الاستغناء بحرفٍ من الكلمة في القرآن والعربية[١]؛ ولو نُسِبتْ لغير أبيها فقال: بنتُ فلانٍ ـ يعنيه ـ طالقٌ: طَلُقت، لا إنْ أطلق، لأنها ليستْ بنتَه، وتفسيرُه مقبولٌ بها إن كانتْ لها ضَرَّةٌ تشاركها في الاسم. وقولُه: بانت مني، أو حَرُمت عليَّ: كناية في الإقرار به، فلو طلَّقها بعده ثلاثاً ثم قال: أردتُ بالأول الطلاقَ ـ ليدفعَها ـ لم يُقْبل ويُدَيَّنُ[٢]، وقوله لـوليِّها: زَوِّجْها: إقرارٌ به، ولها: كنايةٌ فيه، لا

---

(١) يشير إلى ما قيل في قوله تعالى «ق والقرآن المجيد» أن «ق» حرف من كلمة، واستُدلَّ عليه من كلام العرب بقول القائل: قلت لها: قفي، فقالت: قافْ أي: وقفتُ، أو: أنا واقفة.

(٢) سيأتي برقم ١٠٥٣ قول المؤلف رحمه الله: «ومعنى التديين: أن يُوكَلَ فيما بينه وبين الله إلى دِين». فيكون قوله هنا: لم يقبل: أي قضاءً، أو ديانة: فكما قال: يُوكل فيما =

قولُه له: زوِّجْنيها إن عُلِم إرادتُه تجديدُ النكاح، وإلا فالظاهر أنه إقرارٌ، وكذا قولُه: زَوْجَتُك فلانةُ، أو زوجتي، إن كان هو وليَّها ـ كابن عمها ـ وأراد بلفظ «زوجتي» تعريفَها، وإلا فلغوٌ، قاله الطنبداوي.

قال المُزَجَّد في «فتاويه»: وقوله: قَتلتُ نكاحك أو قطعتُه: كنايةٌ، لا قُتِل ـ بضم القاف ـ خلافاً لما في «عنوان» ابن المُقرِي، ومثلة قُطِع، أقول: والأشبهُ أن هذا كنايةٌ كالقطع، وتكرير الكناية مع النية: كالصريح، فإن نَوَى التأكيدَ: لم يتعدَّد، أو الاستئنافَ: تعدَّدَ، وكذا إن أطلقَ، في الأظهر، وحيثُ اختلفَ لفظُهما فالراجح في الصريح جوازُ التأكيد، وقياسُ الكنايةِ مثلُه، كما قال الزركشي، وأطلقَ في «الروضة» عن شُرَيح الرُّوْياني عن جدِّه التعددَ فيها، وأقرَّه، ولعله بَنَاه على المرجوح في اختلافِ الصريح من مَنْعِ التوكيد به، ولو قيل له: يا زيدُ، فقال: امرأةُ زيد طالقٌ، لم تطلُق امرأتُه إن أرادَ غيرها، وكذا إن أطلقَ، على ما رجَّحه النووي وغيره، لأن المتكلِّم لا يدخُلُ في عموم كلامه، ولو قيل له: أطلَّقْتَها؟ فقال: اعلَمْ أنه كذلك، لم تطلُق، لأنه أَمَره أن يَعْلَمَ، ولم يحصلْ له العلم، بخلاف قوله: أنتَ تعلمُ أن العبدَ الذي بيدي حرٌّ؟ لأنه اعترافٌ بحريَّته وأن المخاطبَ يعلمُها، وهذا يُوهِمُ أنه لو خُوطبَ في العبد وأجابَ بمثلِ ما أجابَ به في المرأة: لم يُحكَمْ بعتقه، وهو الظاهر، ولو طلبتِ الطلاقَ، فقال: اكتبوا لها ثلاثاً، فأقربُ الاحتمالَيْنْ أنه كنايةٌ، لا لغوٌ، وإن نوى، وكذا: زوجتي الحاضرةُ طالقٌ ـ وهي غائبةٌ ـ، ولو قال: امرأتُه طالقٌ ـ وعنى نفسَه ـ طَلُقت، وكذا قوله: أنتِ طالقٌ ـ وامرأتُه غائبةٌ ـ أو: هي طالق، ولم يسبِقْ لها ذِكر، أو هي حاضرة ـ فلا تطلُق بها إلا إنْ نواها.

= بينه وبين الله تعالى إلى دينه ومراقبة الله.

ولا تطلُق بقوله: كلُّ امرأةٍ مثلِك طالقٌ وإن نَوَاها، إذْ لا يَحْمِله اللفظ، كما مال إليه ابن حجر الثاني، من احتمالَيْن له، وهو حقٌّ، وقولُه لابنه: قلْ لأمِّك: أنتِ طالق، يَحتمِلُ توكيلَه فلا يقعُ إلا بتطليقِ الابن، ويَحتملُ أنه أنشأه وأَمَرَ الابنَ بإخبارها به، فإن فسَّره بأحدهما عُمِل به، وإلا أُخِذَ بالاحتمال الأول حتى لا تطلُقُ إلا بتطليق الابن. انتهى. ومن هذا يُؤخذ أنه لو قال له: قلْ لأمِّكَ: متى أبرأْتِني من مهرها فهي طالق، أو: متى أبرأْتِني من مهركِ فأنتِ طالق، فأبرأَتْه بعد قول الابن لها، فحيثُ فسَّره بأنه إنشاءٌ: وَقَعَ بذلك، وهو ما أطلق الجوابَ به فيها شيخنا القاضي ابن عبسين، وإن فسَّر بأنه توكيلٌ: فلا يقع به شيء، لأنه وكَّله في التعليق بإبرائها، ولا يجوزُ التوكيلُ في التعليق، وكذا إن أطلَقَ، وهو ما أطلق الجوابَ به شيخنا الفقيه عبد الله بافضل، والصوابُ: التفصيلُ بما ذكرنا هنا، وأنه لا يقعُ عند الإطلاق.

ومن ذلك: لو قيل له: إن فعلتَ كذا فامرأتُك طالقٌ، فقال: نعم، فإنه لا يقعُ إنْ فَعَله، كما قاله القاضي، لأنه لم يُوْقِعْه، وإنما أجازَ ما علَّقه غيره، والطلاقُ المعلَّق لا يَقْبلُ النيابة، وقال البغوي في «فتاويه»: ينبغي أن يكونَ على القولَيْن فيمن قيل له: أطلقتَها؟ فقال: نعم، أي: والأصحُّ فيها وقوعُه، ولكنه جزَمَ في «تعليقه» بما قاله شيخه القاضي، والفرقُ بينها وبين هذه: أن هذه جوابُ طلاقٍ مُنَجَّز يقبل النيابةَ، فكأنهما صَدَرا منه معاً، بخلافه في المعلَّق، ويفارقُ ما سَبَقَ ـ فيمن قيل له: إن فعلتَه فهي طالق؟ فقال: طالق حيثُ قلنا تطلُق ـ بأن «طالقٌ» أحدُ جُزْأَيِ الجملة، فكأنه قيل له: ما حالُ امرأتِك إن فعلتَه؟ فقال: طالق؛ وليس ذلك أيضاً صافياً عن الإشكال.

### ١٠٢٠ ـ مسألـة:

حيثُ وكَّل في الطلاق المنجَّز ـ ولو هَزْلاً ـ فطلَّق، نَفَذَ وإن لم ينوِ الوكالةَ، حتى لو قال: طلقتُ من يقعُ عليها الطلاقُ بلفظي: طَلُقَتْ على الأقرب في «الروضة» ومثلُهُ قولُ الزوج: كلُّ امرأةٍ في السِّكَّةِ طالقٌ ـ وفيها امرأته ـ فتطلُق، فلو قال: امرأةُ مَنْ في السِّكة طالقٌ ـ وهو فيها ـ فكذلك في «الروضة» قالوا: وهو إنما يتَّجه بناءً على أن المتكلِّم يدخُلُ في عموم كلامه، فلعله ذَهَل، فانتقل إلى هذه عن التي قبلها، والأرجحُ عدمُ دخولِهِ، كما سبق، فلا تطلُق فيها، وبذلك جَزَمَ في «العباب» ولو قال: زينب طالق ـ وهو اسم امرأته ـ وقال: أردتُ غيرَها، لم يُقْبَل ظاهراً وَيَدِين، ولو كانتْ مع غيرها ـ ولو دابَّةً ـ فقال: إحداكما طالق؛ طلقت، فإن قال: أردتُ الدابَّة، لم يُقْبَل، أو: الأجنبيةَ، قُبِلَ ولم يقع، ولو قال: زوجتي فاطمةُ طالقٌ، واسم زوجته زينب، قال موسى بن الزين: طلُقت لملازمةِ الزوجيَّة لها، وكذا قال يوسف الجُبَّائي وإبراهيم بن جُعْمان، ويؤيِّده قولهم: لو قال: زوَّجتُك بنتي فلانةُ، وسمَّاها بغير اسمها، وليس له بنت غيرها: يقع عليها، وعن القاضي عبد الرحمٰن الناشِري: أنه لا يقعُ الطلاق إلا أن يَقْصِدَها، وقال زكريا: تطلُقُ إلا أن يَقصِد غيرها، وهو أعدل.

### ١٠٢١ ـ مسألـة:

لا بدَّ في الكناية من نيَّةِ الطلاق بالإجماع كَكَتْبِهِ لَفْظَه، وفي «المنهاج»: اشتراطُها من أولِ اللفظِ إلى آخره، كتكبيرة الإحرام، ورجَّح في «الروضة» الاكتفاءَ بها في جزءٍ منه ولو آخِرَه، وَنَقَل في «تنقيحه» عن ابن الصلاح ـ ولم يُخَالِفْه ـ أن شرطها مقارنةُ أولِهِ، لأنه أعرفُ بقصده

باللفظ، وهو صالح له، فاختصَّ به، وأنه لا يَكْفي بعده، لأن انعطافَها على ما مَضَى بعيدٌ، وصوَّبه الزركشي، وهو ما صحَّحه الجُرْجَانيُّ، والبَغَوي، والماوَرْدي وقال: إنه أشبهُ بالمذهب، وغيرُهم، قال ابن الرِّفْعة: وهو مقتَضَى نصِّ «الأم» وبه جزم في «الإرشاد» قال الإسنوي: وبه الفتوى، كما أشعَرَ به كلام الشرحَيْن.

ثم قال الماورديُّ، والرُّوْياني والبَنْدَنِيْجيُّ: المرادُ بالأولِ أولُ لفظةِ الكناية: كالباء من: بائن، والخاء من: خَلِيَّة، في: أنتِ بائنٌ، أو خَلِيَّة، وصوَّبه الإسنوي، لأن قصدَ الصَّرْف للطلاق مختصٌّ به، ومثَّل له الرافعي ـ كجماعةٍ ـ باقترانها بهمزةِ: أنتِ، لأن «بائن» مبنيٌّ عليه ليفيدَ ما سَبَقَ له، وأيَّده ابن الرِّفعة بأنه لو قال: أنتِ طالق، وقارنَ لفظَ «طالق» حيضٌ طرأَ بعد «أنتِ» فالطلاقُ سُنِّيٌّ، كما قاله ابن سُرَيج، فيحصُلُ لها قرءٌ من العِدَّة بما قبله، وأثبتَ ابن الرِّفْعة في ذلك وجهين، قال زكريا: والأوجهُ الاكتفاء بمقارنةِ همزةِ «أنت» لأنها كجزءٍ منها، أقول: وكذا بمقارنةِ أولِ لفظةِ الكنايةِ، لأن «أنتِ» لا يَحتاجُ لنيَّةٍ، وما نقل عن ابن سُرَيج من كونه قُرْءاً: فيه نظرٌ ظاهرٌ، لأن العِدَّة تَعْقُبُ الطلاقَ، وهو لا يقعُ إلا بتمام اللفظ، وقد حاضتْ، بل يظهرُ فائدةُ كونِهِ سُنِّياً لكونه لا يأثَمُ به إن لم يَعْلم الحيضَ حتى فَرَغَ من لفظه لأنه ابتدأَ به في حال السُّنِّية وهو لا يَدري ما يَحْدُثُ، فلو عَلِمه قبلَ قوله: «طالق» فالظاهر تحريمُ تلفُّظه به، لأن المحذورَ يحصُل به، بناءً على أنه لا يحسبُ من العِدَّة.

ولا بدَّ من نيةِ المطلِّق ولو وكيلاً كاتباً، فلو قال: «أنتِ بائنٌ والنيةُ ما نَوَى زيدٌ»: لم يكن شيئاً، وكذا لو أَطلَقَ الطلاقَ وقال: هو ما نَوَى زيد من العَدَد، ونَوى زيدٌ أكثر من واحدة، فلا عبرةَ بنيته على الظاهر، وحيثُ تلفَّظ بكناية فقالت: نويتَ الطلاق، فأنكر: حُلِّف، فإن مات فوارثُهُ أنه

لا يعلمُهُ أراده، فإن نَكَلا: حلَفت هي أو وارثُها إن ماتت بَتّاً أنه نواه، وعُمِل بحكمه فيهما.

### ١٠٢٢ ـ مسألة:

لا يقعُ طلاقٌ ولا غيرُهُ من مُكْرَه ـ ولو وكيلاً ـ إلا أن يُكْرِهَه شخصٌ على تطليق زوجته فيقعُ، لأنه أبلغُ من الاختيار، وكذا لو أكرهه على بيعِ مالِ نفسه، وإلا في إكراهٍ على حقٍّ، كإسلامِ حربيٍّ، ومرتدٍ على الإسلام ومُوْلٍ على الطلاق بعد موته، وفي بيعِ مالٍ لقضاءِ دَيْنٍ ممتنعٍ، فإن قصد المُكْرَهُ الطلاقَ بقلبه وَقَعَ لاختياره، وقولُهُ له: طلِّقْها وإلا قتلتُ نفسي، أو استوفيتُ منك قِصاصي عليك: ليس بإكراه، وكذا قولُهُ: أعتقْ عبدَك، أو طلِّقها، ففعل أحدَهما، فينفُذ، وكذا: احلِفْ بطلاقها أنك لا تَعْلَمُ أين زيدٌ، أو مالُهُ، أو ليس معك إلا كذا، لأنه خيَّره بين الطلاق، والعتق، أو الدلالة، بخلافِ قولِ اللصوص: لا نُطْلِقُكَ حتى تحلِف فيها أنك لا تُخبِرُ بنا: فإكراه، ومثلُ الإكراه: غَيبةُ الذهنِ بعارضٍ، كطولِ نومٍ، وإغماءٍ، فلو صدر منه لفظُ طلاقٍ فادَّعى أحدَهما، فإن صدَّقَتْه أو قامتْ به بينةٌ: فذاك، ويكفي فيه في المال رجلٌ وامرأتان، أو ويمينٌ، لا في وجوب مهرِ موطوءةٍ ادَّعته، لأنه قذْفٌ منهم. قاله الطنبداوي، وإلا فإن كانت ثَمَّ قرينةٌ كحبسٍ ونحوه في الإكراه ـ كما مضى في آخر البيع ـ وفي الإقرار، وكاشتدادِ مرضٍ، أو اعتيادِ صرعٍ، أو استغراقِ نومٍ ونحوِهِ في الآخر: صُدِّق بيمينه، وإلا فتحلِفُ هي على نفيه وَوَقَع، والظاهر أن يمينَها على نفي العلم به.

ولا بدَّ أن يفسَّر الإكراه في دعواه إلا أن يكون عارفاً، ويقعُ من السكران المتعدِّي، فإن قال: لم أعلمْ أن ما شربتُهُ مسكرٌ، صدِّق بيمينه،

قال الرُّوْياني: فإن جُنَّ بشربِ محرمٍ ففي «التدريب» للبُلْقيني: أنه يقعُ طلاقُهُ في المدَّة التي يمتدُّ إليها السُّكْر، لا فيما بعدها.

## فصـــل في التفويض

### ١٠٢٣ ـ مسألـة:

قال: طلِّقي نفسَك متى شئتِ، فهو على التراخي قطعاً وإن قلنا التفويضُ تمليكٌ، كما جزم به صاحب «التنبيه» فصاحب «الـروض» وغيره، قال ابن الرِّفعة: لأن الطلاقَ يُسامَحُ فيه بالتعليق، فَسُومِحَ في تمليكه بالتأخير، يعني مع التنصيص عليه، أقول: وقد سُومِحَ بالتأخير في مثله من تعليقِ الزوجِ بمالٍ مع كونه معاوضـةً، وذكر المسـألةَ في «الروضة» وأنه على التراخي بعد فراغِهِ من أصلِها بما يَقْتضيه القولان من أن التفويضَ تمليكٌ أو توكيلٌ، فمنهم من فَهِم ما ذكرنا أنه يَتَراخَى على القولين معاً، وهو ظاهرها عندي لمن تأمَّل لَفظَها، وفَهِم بعضٌ أنه ذكر ذلك تفريعاً على القولِ المرجوحِ من كونه توكيلاً، لأنه وَصَله بآخرِ تفريعاته، فيكون مفرَّعاً على مرجوحٍ، فعلى هذا لا بدَّ من الفور، وإن قال: متى شئتِ كما هو في قولها: طلِّقْني بكذا متى شئتَ وإلا فلا يقعُ، وهذا ما فهمه زكريا وقال: إنه الحقُّ، وصوَّبه في «الذخائر». وعندي أن الأولَ أولى، لما ذكرنا من اتساعِ البابِ، وقد فرَّقوا في التعليق بمشيئتها بين قوله: أنتِ طالقٌ إن شئتِ، ومتى شئتِ وإن كان بعوض، إذْ يجبُ الفور في «إن» دون «متى»، ولو قال لرجلٍ: طلِّقْ زوجتي إن شئتَ، لم يطلِّقها حتى يقول: شئت ولو مع التراخي، قاله الماوَرْدي والرُّوْيَاني.

## ١٠٢٤ ـ مسألة

قال: وكَّلتكِ في طلاق نفسِكِ، فلا يُعْتَبر الفورُ على الصحيح، وهو ما في «العباب» و «الأنوار» و «نفائس» الأزرق وغيرها، فلو قال: أنتِ وكيلةُ نفسِكِ، أو: إن فعلتِ كذا فأنتِ وكيلةُ نفسِكِ وأطلق، قال شيخنا عبد الله بافضـل: فالظاهرُ أنه كنايةٌ، وكذا أفتى به الإمام إسمـاعيل الحبَّاني، أقول: وهو كذلك، فينظر فيه، فإن لم يَقْصِد شيئاً، أو قَصَدَ أنها مفوِّضة في غير الطلاق ـ كأمورِ بنتِها ـ لم يقع شيء، وإن قَصَدَ إيقاعَ الطلاق بلفظه طَلُقت، وإن قَصَدَ توكيلَها فيه فلا بدَّ من تلفُّظها به، ثم الوكيلُ والمفوَّض إليها تطليقُها إنما يطلِّق بحسب الإذن، فإن قال: طلِّقي ثلاثاً، فقالت: طلَّقتُ، وسكتَتْ، وقعنْ، لبنائِها على لفظه، وكذا إن قال: طلِّقي ـ ونوى الثلاث ـ فذكرتْها أو نوتْها، فإن اختلفَ لفظُهما أو نيَّتُهما وقعَ الأقلُّ.

ولو قال: أنتِ وليةُ نفسِك: فكتوكيلها، فإن قال: أنتِ أولى النساء بنفسك: فقد شبَّهه الأصبحيُّ بقوله: أنتِ وليةُ النساءِ بنفسك، والأولى أميلُ إلى كناية الطلاق، وهو ما كان شيخنا أيضاً يراه، وأما المشبَّه بها وهي: أنتِ وليةُ النساءِ بنفسك. فحكى الماورديُّ فيها وجهاً: أنها لغوٌ وإن نوى، وهو ما رآه الإمام محمد بن سالم العَبْسي ـ بالموحدة ـ في كتابه «التبيين»، ووجهاً: أنها كناية ومال إليه بعضهم، ووجَّهه الفقيه إسماعيل بأنها تتصرَّف فيها كيف شاءت لطلاقها، وهو ما يظهرُ ميلُ شيخنا إليه، بل هي أولى من قوله: لعل الله يسوقُ إليكِ خيراً، ونحوه، مما ليس فيه تعرُّضٌ لزوال سَلْطَنته. والثالث: إن شاع به عرفٌ فكناية، وإلا فلا؛ ولو قال: طلِّقي نفسَك، فقـالت: طلَّقتها بـألفٍ، طَلَّقتُ، ولا شيء، وطلِّقيها اليومَ وغداً، يلغُو فيه ذِكْرُ الزمن، كما لو ذكره مفرداً.

ولو قال: طلِّقي نفسَك، فقالت: أنا طالقٌ إن قَدِم زيد: قال القاضي أبو الطيِّب: طلُقتْ في الحال، وقال غيره: لا يقعُ به شيءٌ، وصحَّحه الرُّوْياني وهو القياس، وإن أمر به أجنبياً معلَّقاً أو مؤقتاً تعيَّن كما ذَكَرَ، ولو طلَّقتْ نفسَها فوافقت التفويضَ: طلُقت، وقياسُها مثلُها في التوكيل، وقوله لها: جعلتُ أمرَكِ إليك: كنايةٌ فيه.

## تنبيـــــه

تفويضُ العِتْق للرقيق بِعَوَضٍ وبلا عوضٍ: كالطلاق، فيفسُدُ بما يفسُدُ به، ويُعْتبَر فيه الفور، ويقعُ مع فسادِ العوضِ بقيمته، وللزوجِ والسيدِ الرجوعُ فيهما قبلَ وقوعهما منهما، ويصحُّ فيهما بالكناية مع النية مع تصريح المفوِّض، وعكسُهُ، ويصدَّق الكاني[1] في نيَّته بيمينه إن خُولف، ومثلُهما الوكيلُ إلا أن يتَّفقَ الزوجانِ على خلافه، ولا يجوزُ التفويضُ ولا التوكيلُ في تعليق طلاقٍ وعتقٍ، وحيثُ أَذِن فيه مؤقَّتاً لهما كطلِّقي أو أعتِقِي نفسَك شهراً نَفَذَ إنْ فَعَلاَ في الحال ـ لا بعده ـ مؤبَّداً، فإن كان عوضٌ: فَسَدَ ورجعَ لمهرِ المثل والقيمةِ، وكذا إن فوَّضه بفاسدٍ ـ كمغصوبٍ ـ ففعلا، على ما يظهر في الجميع.

## ١٠٢٥ ـ مسألـة

يقع هو، والخلع، وقبولُه، بالكتاب بنيَّة الكاتب: زوجاً أو وكيلَه لا نيةِ غيرِهِ، ولو على الأرض، لا الماءِ والهواءِ، وما اتصل ولو بمتماتٍ كالكلامِ المتصلِ إلا أن يَتمَّ كلامُهُ ثم يَمدَّ مدَّةً أخرى مع بقاءِ مدادٍ في القلم لا يُحْتاج معه للمدِّ كأن يكتب: أنت طالق، ثم يَمدَّ ويكتبَ: إن

---

(١) أي: صاحب الكناية.

دخلتِ الدار، فإن احتاج للمدِّ فمتصلٌ مطلقاً، لكن بشرطِ صحةِ التعليق، كما ستأتي نيَّتُه قبل فراغِ الكلام؛ وقوله: إذا وصلَكِ كتابي أو نصفُهُ: لا بدَّ فيه من وصولِ كلٍّ ما ذكَر، ولو فيه محوٌ تُمْكِنُ قراءتُه معه، فإن قال: إذا بلغكِ طلاقي تعلَّق تلفُّظُ الطلاقِ منه، فإنْ كَتَبهما مرتينِ تعدَّد الطلاق بهما، وكَتْبُ العِتْق وسائرِ التصرُّفات كالطلاق، وإشارةُ الأخرس الذي يَفْهمها كلُّ أحدٍ صريحٌ، فإنِ ادَّعى أنه لم يَنْوِهِ لم يُقْبَل ويُدَيَّن.

## ١٠٢٦ ـ مسألة

يقعُ طلاقُ منْ ظنَّ المطلَّقةَ غيرَ زوجته ظاهراً، وكذا باطناً، على ما قاله الرُّوْياني وغيرُهُ إنه المذهب، وجزم به في «العباب» لا من كانت امرأته في جماعة فقال: طلَّقْتكم، على ما رآه الشيخان بعد نَقْلهما عن الإمام وقوعَه، لأن النساء لا يدْخُلْنَ في ضمير الرجال إلا مع قَصْد الكلِّ وقصدِ تغليب الذكورية، ولم يوجد، ولأنه لم يَقْصِدُ فُرْقَةَ الطلاق، لأنه لم يقصدْ من يَقْبَلُهُ، قال بعض المتأخرين: ولأن طلاقَ الجاهِلِ في التعليق لا يصحُّ في الأصحِّ، فهذا أولى، فلو قال: طلَّقتُ الناس: طَلُقت، لأنها منهم، فإن دلَّت قرينةٌ على إرادته غيرَها أو فرقةً غيرَ الطلاق الشرعي، وادَّعى ذلك: قُبِل ظاهراً، وإن لم تكنْ قرينةٌ لم يُقْبل ويُدَيَّن. هذا قياس الباب.

## ١٠٢٧ ـ مسألة

طلاقُ الحائضِ، ومَنْ وطئها في طهرها أو حيضٍ قبلَه ولو في الدُّبُر، أو استدخلتْ ماءَه وهي ممن تحبَلَ: بِدْعيٌّ حرامٌ حتى تَفْرُغَ منهما،

لا خُلْعُها، وكذا يحرمُ طلاقُ معتدَّةٍ بحَمْلِ شبهةٍ، وتسنُّ رَجْعةُ كلٍّ، قال الأذرعيُّ: إلا من طلَّقها لفجورها، فينبغي أن لا تُسَنَّ، ومثلُ حملِ الشبهةِ ما بالزنا إن لم تَحِضْ عليه وإلا جازَ في غيرِ الحيضِ، ولو وكَّل شخصاً بطلاق زوجته وأطلَق، فطلَّقها حائضاً طَلُقت، كما أفتى به البارزي، وَسَبَقَ في الوكالة ما فيه، ومنَ البِدْعيِّ تعليقُه الطلاقَ بما لا يتعيَّن حصولُهُ في وقته ووقع فيه من حيث الأحكام لا في الإثم، إلا أن يُوقِعه باختياره.

## ١٠٢٨ ـ مسألة

يتعدَّدُ الطلاقُ بالنية حتى لو أرادَ أن يقول: أنتِ طالقٌ ثلاثاً فمات، أو أمسكَ فَمَهَ بعد «طالق» قبلَ «ثلاثاً» طَلَّقَتْهنَّ، لا قبلَه، وَتَطْلُقُهُنَّ في: أنتِ طالق عددَ أنواعِ التراب، أو: كلَّ الطلاق، أو: كُثْرَه، أو مِلْءُ السمواتِ ـ بالجمع ـ أو البيوتِ، أو الأواني الثلاثة، وكذا: عددُ ضُرَاط إبليس، كما أجاب شيخنا عبدالله با فضل، لصحة الحديثِ بضُرَاطه عند كلِّ أذان، لا بعددِ شعرِه، فواحدةٌ، إذْ لا يقينَ بأكثر، وكذا عددُ الترابِ فيما جَزَمَ به ابن المُقْري في «روضه» وهو ما عليه الإمام، والقاضي، وصاحب «الذخائر» وغيرُهُ، وقال البغويُّ: يقع ثلاثاً، ورجَّحه الأذرعيُّ والزَّرْكشيُّ قالا: ومقتضى العُرْف غيرُهُ، وقال ابن العماد: هو المتَّجه، ولو قال: عددَ ريشِ الجَرَاد: فأفتى موسى بن الزين بوقوع طَلْقة، وغيرُهُ بعدمه، والظاهرُ وقوعُ الثلاث لتيَقُّن زيادته عليها، وقولُهُ: عدَدَ ضُرَاطك أو ضُراطِ أبيك: إنْ عُلِم كونُهُ ثلاثاً أو أكثر وَقَعَتْ، وإلا فواحدةٌ، وكذا: عددَ شعرِهِ، وكذا: ملءَ الدنيا والسماء ومكة، ومثلَ الجبل؛ وأعظمَ الطلاق وأكملَه وأطولَه: فواحدةٌ.

وكذا: أنتِ طالقٌ والثلاث ـ ولم ينوهنَّ ـ وكذا طالقٌ كألفٍ، كما نقله في «الروضة» عن الرُّوياني وأقرَّه، أو: قيل له: طلِّقها ثلاثاً، فقال: هي طالق ـ ولم ينو شيئاً ـ وإن كرَّر طلبه، والفرقُ بينها وبين وقوع الثلاثِ في قوله لها: طلِّقي نفسكِ ثلاثاً فقالت: طلَّقت: أنه في هذه مالكٌ للطلاق وعددِه، فَبَنَتْ على مراده؛ وكذا لا يتعدَّد إن علَّقه بفعلِ شيءٍ وكرَّر التعليقَ به ولو منفصلاً، ولم ينوِ التعدُّد، بخلاف مثلِهِ في المنجَّز، لوقوع المعلَّق به مرةً واحدة، وبخلافه بشيئين فوقعا معاً، فيتعدَّد بهما، نعم إن قال: إنْ حلفتُ بطلاقكِ فأنتِ طالق، ثم قاله منفصلاً: تعدَّد، لأنه حَلَف، كما في «تدريب» البُلْقيني، ويتعدَّد بعطفِ المكرَّر ولو معلَّقاً بشيء واحد، كإن قمتِ فأنتِ طالقٌ وطالقٌ، وكذا مع عطف التعليق: كإنْ دخلتِ الدار فأنتِ طالقٌ واحدة، وإن دخلتِ فأنتِ طالقٌ ثنتين: فيقعُ بالدخول ثلاثٌ وإن لم يدخُل بها، بخلافه فيها في المنجَّز، ويقع الثلاثُ بقوله: أنتِ طالقٌ ـ حتى يُتِمَّ الثلاثَ ـ وإن لم يدخُل بها، وكذا طلَّقتكِ أجناساً أو أنواعاً من الطلاق، فيما يظهرُ، مع نظرٍ فيه، قاله المُزَجَّد في «العباب» قال في «فتاويه»: وكذا بعددِ صفاتِ الطلاقِ، وهو يعرفُ سُنِّيَّه، ورَجْعيَّه، وضدَّهما، وغيرَهما، لا بقوله: ألواناً منه: فواحدةٌ.

ولو طلَّقها واحدةً ثم قال: جعلْتُها ثلاثاً: لَغَا الثاني، قاله البُوْشَنْجِيُّ، وأخذ به الشيخان، وقال البغوي: يقعُ في رجعيةٍ ثلاثاً. أقول: وينبغي على الأول أن يكون كنايةً في إيقاع تتمَّتِها، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ يا مطلَّقة ـ إن لم يَنْوِ به ثانية، بخلاف: أنتِ طالقٌ يا طالقُ، فثنتان، لأنه لا يخاطَبُ به عادةً مَن سَبَقَ طلاقُها، فإن قال: أردتُ الأولى، قُبِل على الأقرب، عند زكريا، ولو قال: أنتِ طالق واحدةً أو ثنتين، تخيَّر بعدُ، نقله الشيخان عن القفال وأقرَّاه، والظاهرُ وقوعُ واحدةٍ إلا أن يَقصِد إبهامَ

العددِ ليتخيَّر، لأنها المُتَيَقَّنُ، كذا قلته، ثم رأيتُهُ منقولاً عن ابن الرِّفْعة، والاستثناءُ لأبي مخرمة، ونحوُهُ في «الروض» و«شرحه» وذكر الشيخان في فصل العُدَدِ ما يخالِفُه، وهو وجه مرجوح، كما قال أبو مخرمة، قال [ابن] الكيْكَلدي(١): فلو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً وهذه، طلُقت الأُخرى ثلاثاً، لعدم استقلال الأخير، فلو زاد بعد هذه: طالقٌ، لم يتعدَّد إلا بنيَّة، فإن قال: ثلاثاً، أو عشراً: فالثلاث، ولو قال: أنتِ طالق، ثم سكتَ، ثم قال: ثلاثاً، أو الثلاث: فإن كان قد نَوَاها قبلَ فراغِ «طالق»: وقعتْ، كما سبق، ويكون تفسيراً لما سبق، وإلا ففيه خلافٌ في الرجعية، وقياسُ ما مرَّ في قوله: جَعَلْتها ثلاثاً ترجيحُ عدمِ وقوعها، وهو قضيةُ القاعدة الأصولية: إن العددَ صفةٌ والصفةُ في اتصالها كالاستثناء، فلا يُعْتَدُّ بهما إلا مع نيةِ ذِكْرهما قبلَ تَمامِ الموصوف والمستثنى منه، كما ذكره الأصوليون أو أكثرُهم، ذكر ذلك أبو مخرمة ومالَ إليه.

ولو قال: مثلَ طلاقِ زيدٍ أو عددَه: فواحدة، إلا أن يَعلَم عددَه ويَنْوي مثلَه: فيقع، ولو قال: أنتِ ثلاثاً. وَنَوَى: طلَّقتُها: وَقَعْنَ، وكذا: أنتِ الثلاثَ - بالنصب -، فإن رَفَعَه أو قال: أنتِ ثلاث، لم تطلُق، قاله المُتَوَلِّي، ومثلُهُ إن سكَّنه فيهما، قال ابن عبسين: واعتقادي أنه كالنصب في العاميّ، وقولُهُ: أنتِ واحدةٌ وَنَوَى الطلاقَ أي: متوحِّدة، وقعَ ما نوى، أو تقدير: طالقٌ واحدةً: وقعتْ، وإلا فلَغْو، ومثلُهُ: ثنتين - بالتقدير الأخير - فيقعان، وإلا لَغا، وقوله: لك الثلاث، كنايةٌ فيهما، أفتى به أبو مخرمة، فإن أراد الدعاءَ عليها بها: لم تَقَعْ، ويُقْبل دعواه به، وقولُهُ: أنتِ طالق من واحدة إلى ثلاث: ثلاثٌ، لأن للطلاق غايةً،

---

(١) تقدم برقم ٢٠٨ أن يريد الحافظ صلاح الدين خليل بن كيكلدي العلائي.

فذكَرَها استيفاءً، بخلافِ مِثلِهِ في الإقرار، وما بين الواحـدة والثلاث واحدةٌ، لأنها الوسط بينهما.

## ١٠٢٩ ـ مسألـة

يقعُ الطلاقُ بإيقاعه على جزءٍ منها وإن كان يُزَال، كالشعرِ والدمِ وكذا السِّمَنُ، لأنه شحم، كما في «الشرح الصغير» وبعض نسخ «الكبير» وصوَّبه الأذرعيُّ وغيره، وَنَقَلوه عن الأصحاب، وفي «الروضة»[1] تبعاً لنسخةٍ سقيمةٍ من «العزيز»: لا يقعُ عليه، لأنه معنىً، وتَبِعه الإسنوي، ولا يقعُ في السمع والبصر وكلِّ المعاني كالحُسْن والبياض، وكذا الاسمُ إلا أن يـريدَ الـذاتَ، ولا بالفَضَـلات كالمنيِّ واللَّبَن، ويقـعُ بالنفْس ـ لا بتحريك الفاء ـ، وبالروح، وكذا بالحياة إن أراده أو أطلق، فيما رآه زكريا، إلا إن نَوَى المعنى القائمَ بها؛ ثم حيثُ وقعَ فهو على الجزءِ ثم يَسْري، فلا بدَّ من وجوده وقتَ وقوعه، فلو قال لمن لا يمينَ لها: يمينُك طالقٌ، لم تطلُق، وكذا إن علَّقه بشيء فقُطِعَتْ قبل وجوده، وصوَّره الرُّوْياني بأن من قُطِعَتْ من الكَتِفِ فيقعُ على مقطوعه مِنْ دونِهِ، وقُرِّر، ويقعُ أيضاً بإيقاعِ جزءٍ من طَلْقة فتقـعُ تامـة، والأصحُّ ـ كمـا ذكره أبو مخرمة تبعاً لغيره ـ أنه من باب التعبير بالبعض عن الكلِّ، كما يقال للشخص: وجهُك عزيز، والمرادُ كلُّه، لا من باب السِّراية، ويظهرُ أثرُ ذلك فيمن علَّق الطلاق على وقوع طَلْقة، فطلَّق بعضَ طَلْقة فيقعُ المعلَّق به على المعتمد، بخلاف من قال: إنْ طلَّقتُكِ فأنت طالق، فطلَّق يَدَها وإنْ سَرَى، لأن تطليقَه لم يباشِرْ جُمْلتها.

---

(١) أنظره ٨: ٦٤.

## ١٠٣٠ ـ مسألـة

يصحُّ الاستثناءُ من المطلَّقات، ومن عدده، حيثُ لم يستغرقِ الاستثناءُ ما يليه، ولا يُجْمَعُ متفرِّقهما إن أخلَّ، فإذا قال: نسائي طوالقُ إلا عَمْرَةَ، ولا زوجةَ له سواها، طَلَقت لاستغراقه، وكذا: أنتِ طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فلو قال: ثلاثاً إلا ثنتين وواحدةً صحَّ استثناء ثنتين، فتقع واحدةٌ، ويلغو ما بعدها، إذْ لا يُقْبل، بخلاف قوله: إلا واحدةً وواحدةً، ونسائي إلا هنداً وعَمْرَة ـ وله غيرُهما ـ فيصحُّ في المجموع، وكذا قوله: أنتِ طالق واحدةً وثنتين إلا ثنتين: لا يصحُّ لأنه استغرقَ ما يليه، ولا يُجمعُ معه ما قبله، كما سبق، وقوله: أنتِ طالق ثلاثاً إلا نصفَ ثلاثٍ، أو: إلا واحدةً ونصفاً: فثنتانِ لبقاءِ نصفٍ فيكَمَّل، وقوله: ثلاثاً إلا نصفاً: إن أراد: إلا نصفَها: يقعُ ثنتين لذلك، وكذا إن أطلقَ، وإن أراد: إلا نصفَ طَلْقةٍ: فثلاثٌ، ولو قال: أنتِ طالق خمساً إلا ثلاثاً، وقع ثنتان، لصلاحيةِ اللفظ، وقولُه: أنتِ طالقٌ طَلْقتين إلا طالقاً، كقوله: إلا طلقةً؛ والاستثناءُ المتقدِّم كالمتأخِّر في رفعه للواقع إن صلَح، كقوله: أنتنَّ إلا حفصةَ طوالقُ، وأنتِ طالقٌ إلا واحدةً ثلاثاً، أو: أنتِ إلا واحدةً طالقٌ ثلاثاً، على المعتمد، كما صححاه في الأيمان.

والاستثناءُ بغير بغير، وسوى كـ: إلا، وإذا قال: نسائي طوالقُ غيرَك، ولا زوجةَ له سواها: طلَقتْ، لاستغراقه، بخلاف ما لو قدَّم «غير»، أو قال: نسائي إلا عمرةَ طوالقُ، ولا زوجةَ له غيرُها، بخلافه في الاستثناء المتأخِّر، لأن المتقدِّم كالصفة في مثل قوله: زينبُ بنتُ فلانٍ طالقٌ، هذا ما اعتمده السبكي وغيره، وَمَنَعه بعضهم في «غير» وإن تأخَّرتْ، لأنها صفةٌ صريحةٌ، وبه جَزَم في «العُبَاب» وكذا زكريا قال: إلا

أن يريدَ الاستثناءَ، وحيثُ أراد عند اللفظِ غيرَها دُيِّنَ باطناً، ولا يُقْبل ظاهراً إلا بقرينةٍ كأنْ تُخاصِمَه زوجتُه لتُهْمَته بأخرى فيقول: كلُّ امرأةٍ لي طالقٌ ـ ويريد غيرها ـ فيُقْبل، كما صرَّح به الأصحاب، فإن كرَّره ـ يشترط للقرينة خصامها له ـ قَبْلَ كلِّ مرة، ذكره موسى بن الزين في «الفتاوى».

## ١٠٣١ ـ مسألة

لو قال: نساءُ المؤمنين طوالقٌ: لم تَطْلُق زوجته، لأن المتكلِّم لا يدخلُ في الخطاب، وكذا إن قال عَقِبَه: وأنتِ يا حفصة، وكذا إن قال: أشركتُكِ معهنَّ، بخلافِ إشراكِها مع مطلَّقة لغيره حيثُ نَوَى الطلاق فتطلُق، وإذا أشركَ ولم يَقْصِد في العدد: وقعتْ واحدةٌ، فإذا طلَّق زوجتَه ثلاثاً ثم قال لأخرى: أشركتُكِ معها: فإن نوى تعدُّدَها طَلُقت ثلاثاً، أو تشريكَها في عددها: وقع ثنتان، لأنهما قضيةُ نصفِ الثلاث، وإن أطلقَ: فالأوجهُ كونُهُ واحدةً، قاله زكريا، وجزم به في «الأنوار» وقولُهُ لزوجاته: أنتنَّ طوالق كذا: يُوزَّعُ بينهنَّ ويُكَمَّل المنكسِرُ طلقةً، فإن نوى ما سمَّاه على كلٍّ: وقعَ، فلو قال: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، ثم الأخرى: أشركتُكِ معها، فإن نواه في الطلاق بدخول الأُولى طَلُقتا به، أو أن تطلُق المُشْرَكَة بدخول نفسها وَقَعَ لها به، وكذا إن أطلقَ على الظاهر عند زكريا.

## ١٠٣٢ ـ مسألة

قولُه بعد الطلاق: إن شاء الله ـ متَّصلاً به ـ: يمنع وقوعَه، كقوله: إلا إنْ شئتِ عدمَه، فشاءتْه، أو: إلا إن دخلتِ، فدخلتْ، ولا بدَّ في

ذلك وفي الاستثناءِ السابقِ من نيةِ ذِكْرِهِ قبلَ فراغِ ما قبله، وكذا إن قدَّمه قَبْلُ كقوله: إن شاء الله أنتِ طالق، وإذا وقَعَ مع أعدادٍ متعاطفةٍ تعلَّق بما يليه إن صلَح ولم يَقصِدْ تعميمَها به، فإن قصدَه تعلَّق بالكلِّ، ففي قوله: أنتِ طالق ثنتين وثلاثاً إن شاء الله: تَلْغُو الثلاثُ ويبقى الثنتان، وكذا في: طلَّقتُ حفصةَ وعُمْرَةَ وهنداً إن شاء الله تعالى: تتعلق بهندٍ فقط، فإن لم يصلُح تعلَّق بما يقبلُهُ، فإذا قال: أنتِ طالقٌ يا طالقُ أو: يا زانيةُ إن شاء الله تعالى، تعلَّقَ بأنت طالق لا بالأخير، إذِ النداء لا يقبلُهُ، وتطلُق به في الأولى، ويكون قاذفاً في الثانية، وقولُهُ: بمشيئة الله، وإرادتِهِ، ورضاه، ومحبتِهِ؛ كإن شاء الله، وكذا: إلا أن يَسْبِقَني القضاءُ والقَدَر، كما أفتى به ابن الصلاح، وكذا: إن شاءتِ الملائكةُ، كما في «الأنوار»، وقياسُهم الجنُّ والإنسُ، لا لمشيئة الله ـ باللام ـ أو بعلِمِه، وقدرتِهِ، فيقعُ حالاً، وحيثُ قلنا: «يمنع» فهو مع قَصْده التعليقَ، لا إنْ قَصَدَ التبرُّكَ، أو: إنَّ كلَّ شيء بمشيئته. وكذا إن أطلقَ، أو لم يعلم قصدُهُ، كما جزم به زكريا، ودلَّ عليه قولُهم في المنع إنْ قَصَدَ التعليق.

## فصـــل

## في تعليق الطلاق

وهو واسعٌ، فلنذكُرْ منه قاعدتَهُ وهي: أنه لا يُحكَمُ بالطلاق حتى يقعَ ما علِّق به، وله أن يَطَأَها قبل العلم به، فإنْ بانتْ قبلَه بَطَلَ التعليقُ، فلا يعودُ لو جَدَّدَ نكاحَها، وفي قولٍ يعودُ إن لم يقعْ في حالِ البينونة، وكذا نُبَيِّنَ أشياءَ تدلُّ على غالب ما يقعُ منه.

فأدواتُهُ: إِنْ ـ بالكسر والسكون ـ وإذا، ومَنْ، ومتى، ومهما، وأيٌّ، وكلَّما.

والقاعدةُ وقوعُ الطلاق فيها بما عَلَّق به في الإثبات وإن تأخَّر ما دامت الزوجيَّةُ، إلا في الخُلْع إن بدأتِ المرأةُ، وكذا إن بدأَ هو بإِنْ أو إذا، وإلا إذا علَّقه بإِنْ شئتِ ـ بصيغة الخطاب ـ وكذا بإذا شئتِ عند الشيخين، وتَبِعهما بخلافه في تعليقها بها بغيرهما، وكذا بإذا عند البُلْقيني لدَلالتها على الزَّمن، أو بمشيئةِ غيرِها، أو مشيئتها بلا خطاب كإِنْ شئتِ، وقد بُيِّن في الخلْع ما يتعلَّق به، وإذا علَّق بنفي كإِنْ لم تدخُلي أو: إذا لم تدخُلي، فإن كان بإِنْ: لم تَطْلُقْ حتى يقعَ اليأسُ من حصوله، أو بغيرها: طَلُقت بمضيٍّ زمنٍ يَسَعُ وقوعَ ما علَّق به، أو تحقُّق عدمِ وقوعه، فإِنْ علَّق إثباتاً بمستحيل كإِنْ صَعِدتِ السماءَ: لم تَطْلُق، أو نفياً به كإِنْ لم تَصْعَديها: طَلُقت في الحال، وإذا قال: إنْ لم أُطلِّقْكِ فأنت طالق؛ لم تَطْلُق إلا باليأس من تطليقه بموتِهِ أو موتِها أو جنونِهِ قبلَه، فيحكَمُ به قُبَيْلَه، فلو قال: إذا لم أُطَلِّقك، أو: متى لم، أو: مهما لم، أو: أيَّ وقتٍ لم أطلِّقْكِ فأنتِ طالق، فإن طلَّقها منجَّزاً متَّصلاً بتعليقه: ارتفعَ تعليقُهُ، وإلا طَلُقت بمضيٍّ زمنٍ يَسَعُه، فإِنْ علَّق بكلَّما اقتَضى التكرارَ فيهما إلى تمامِ الثلاث، ويَجمعُ ما ذُكِر غيرَ التكرارِ هذه الأبياتُ:

تعليقُ خلعٍ بفورٍ لا بنحوِ متى — منه كذا الفورُ في إنْ شئتِ يَعْنِيها
وفي معلَّق نفيٍ لا بإِنْ، فَبِها — يكونُ باليأسِ من إيجادِ مَنْفِيها
ففي مُحالٍ عقيبَ القولِ حَلَّ، وما — سوى أولئك يكفي معْ تَراخيها

وهذا هو الأصلُ فيها، فإذا أَطْلَقَ حُمِلَ عليه ولو من جاهلٍ به، كما أفتى به المُزَجَّد، ويجوز تأخيرُ التعليق مع اتصاله: كأنتِ طالقٌ إن

دخلتِ، أو: إن شئتِ، كما سبق، فلو أرادَ في بالنفي[1] بإِنْ معنى «إذا» حتى يقتضيَ الفورَ قُبِلَ قولُهُ وعُمل به، لأنه أغلظُ عليه، وكذا إنْ أرادَ بإذا معنى «إنْ» ليقتضيَ التراخيَ مطلقاً، فلا يقعُ إلا باليأس، لتكرُّره في الاستعمال العُرْفي، وكذا الأصلُ فيها أن يجابَ بالفاء، فلو تَرَكه فقال: إن دخلتِ أنتِ أنتِ طالقٌ: فكما لو ذَكَره، وكذا لو غلَب استعمالُ لفظٍ بمعناها: حُمل عليها، وكأنه علَّقه بإنْ كقوله: أنتِ طالقٌ لا كلمتُ زيداً، وعليَّ الطلاقُ إنِ الأميرَ قَدِم ولآتينَّكِ[2] اليوم، وكذا لو جَعَلَ العاميُّ «أنَّ» المفتوحةَ مكان المكسورة، وإذْ ـ بلا ألف ـ مكان «إذا»، أو أبدل بذالها لاماً كما بَحَثَه في «إذ» الشيخان، وَجَزَم به صاحب «الإرشاد» و «الحاوي» ونحو ذلك وفي «إلى» المُزَجَّد وغيره.

قال ابن حجر الثاني: وقولُهُ: أنتِ طالقٌ عند إبرائك لي كقوله: إنْ أبرأتِني، فيكون خُلْعاً يقتضي الفورية كما سبق فيها إلا أن يُريدَ بـ «عند» التوقيتَ فقط، فيكون للتراخي ولا تَبِيْنُ به، فلو ذكر في نفي غير «إنْ» وقتاً تَأَقَّت به: كإذا لم أَطَؤْكِ إلى شهرٍ فأنتِ طالق، فإنْ نَوَاه ولم يذكُره دُيِّن ولم يُقْبل ظاهراً، بخلافه فيما سبق، حيثُ أقام «إذا» مُقَام «إنْ» بلا تخصيص زمن، هذا ما في «روض» ابن المُقْري و «شرحه» لزكريا، ولو قال: عجَّلتُ الطلاقَ المعلَّق: لم يتعجَّلْ، وَنَقَل الإِسْنوي الجزمَ بوقوع طلقةٍ ناجزةٍ بلفظه عن الإمام وغيره[3]، واستشكله ابنُ عبد السلام، واستَبْعَدَه زكريا، وحَمَلَه في «الأنوار» على ما إذا أرادَ الطلاقَ

---

(١) في الأصل: أراد في بالنفي...

(٢) على حاشية الأصل: «في نسخة: ولأُبِيْنَنكِ».

(٣) على حاشية الأصل: «في نسخة: واعتمده».

بقوله: عجَّلته، لا إن نَوَى تعجيلَ الصفةِ أو أطلَقَ، وجزم بذلك، قال المُزَجَّد: ولو قال: إن خرجتِ لم تخرجي إلا مطلَّقةً: لم تَطْلُق بخروجها أي: إن لم يَنْوِ إيقاعَها بقوله: لم تَخْرجي إلا مطلَّقةً، وقوله: إن دخلتِ وأنتِ طالق ـ بالواو ـ وإن أراد به تعليقَه بالدخولِ وقعَ به، وإلا فلا، وإن أرادَه شرطاً لشيء اتُّبع، و: أنتِ طالقٌ وإن دخلت: طلاقٌ منجَّز، وكذا قولُه: فأنت طالق، فإن قال: أردتُ التعليقَ؛ لم يقبل ظاهراً ودُيِّن، وكذا في: أنتِ طالق إنْ، أو: إن لم، وسكتَ من غيرِ مانعٍ ثم قال: أردتُ تعليقاً، كما صحَّحه في «الروض» وأقرَّه شارحه بأنَّ تَرْكَه يدلُّ على إضرابه عنه، خلافاً للبُوْشَنْجِي في قبوله وإن قـرَّره في موضـعٍ من «الروضة».

فلو قال: أنتِ طالق إن دخلتِ الدار أو لم تدخُلي، أو: إن أَبرأتِني أو لم تُبرئيني: طَلُقت في الحال، فلو قال: إنْ دخلتِ الدار وإن لم تدخُلي، فإن أراد بـالثانيـة معنى «أو» طلقُت في الحال، وإلا فهي للتعليق، فيقعُ بكلٍّ من التعليقين بأن تدخُلَ أو يموتَ قبل الدخول، فإن كان الأولُ بعوضٍ اعتُبِرتْ فيه الفورية، كإن أبرأتني وإن لم تبرئيني، وكذا إن كان الثاني بغيرِ «إن»: كإذا دخلتِ وإذا لم تدخلي، فإن دَخَلت عقبَ لفظها طلُقت بالأول وانحلَّ الثاني بدخولها وإلا طلُقت بالثاني بمضيِّ إمكانِ دخولِها، ثم إن كانتْ رجعيةً ودخلتْ في العِدَّة: طلُقت أخرى بمقتضى الأول، ولو قال: إن أبرأَتْني وإذا لم تُبْرئيني: فأبرأته فوراً، بانتْ ولا يقعُ بعدها شيء، فإن لم تبرئْه طلُقت بالثانية، ولا يقعُ بالأول شيءٌ لفَوَات الفوريَّة، فلو عبَّر فيه بمتى بدلَ إنْ: وقعتْ بإبرائها أخرى ثانيةً إن أبرأَتْه في عِدَّة الأُولى وهي رجعيَّة. هذا ما حرره موسى بن الزين مع زيادةٍ تُعْرفُ مما مضى.

وقولُهُ لها: طلَّقْتُك بشرطِ أن لا تدخُلي الدار ونحوه مما لا يَلزمُ بالالتزام ولا يصحُّ عِوَضاً: يقعُ به الطلاق وإن لم يَلتـزمْ ولم يفعلْ، أو فعلتْ جزماً. قاله ابن الرِّفْعة، والسُّبْكي وغيرهما، ونقله الطنبداوي وقرَّره، وقال في «العُبَاب»: هو ظاهرٌ إذْ معنـاه: أَنَّ عَدَمَ الـدخول، وهو معدوم، وفيه نظرٌ، لإمكانه، واشتراطُ فورِهِ تحكُّمٌ، أقول: بل فيه شَبَهٌ بقولها لعبدها: أنتَ حرٌّ على أن تتزوَّجني، حيثُ يَعْتِقُ وإن لم يُقبل، نعم إن أراد تعليقاً بوجودِ الفعل أو عدمِهِ فالظاهر تعلُّقه بذلك.

## ١٠٣٣ ـ مسألـة

قال: أنتِ طالقٌ ما لاحَ بارقٌ، قال الفقيه حسينٌ الأهدل: إن أراد التعليقَ: طلُقت كلما لاحَ بارق طلقةً، وتتكرَّر بتكرُّره إن كان طلاقاً رجعياً، وإن أراد دوامَ الطلاق أو جعلَ «ما» بدل «إنْ»: طلُقت واحدة أي: بعد علمِ برقٍ حيثُ كان. قال: وكذا قولُهُ: أنتِ طالقٌ ما بقيْتِ زوجةً لي، وفي هذا نظرٌ، بل الأَولى أن لا تَطلُق إلا واحدة بكل حالٍ، لأن الرجعيةَ لم تَدُمْ زوجةً، وإنما لها حكمها إلا أن يريدها، وقولُه: ما دمتِ كذا كقوله إن دمتِ ويكون من حينِ الكلامِ إلا أن يريدَ مقارنَةَ ما عُلِّق به فقط، قاله زكريا بمعناه، ولو قال: أنتِ طالقٌ كلما حَلَلْتِ حَرُمتِ، وأراد بقوله: حَرُمـتِ»: الطلاقَ، ثم راجعها طلُقت ثانياً، ثم إنْ راجعها طلُقت ثالثاً.

## ١٠٣٤ ـ مسألـة

إذا قال: أنتِ طالقٌ أولَ شهرٍ: حُمِلَ على استهلاله ببلدِ التعليق، حتى لو وُجِدتْ صفته وهو ببلد آخرَ يُخالِفُه مطلِعَه واختلفتْ رؤيتُهما:

حُكم ببلده، ولو قال: إنْ دخلتِ ـ أو جاء زيد ـ فأنتِ طالق قبل ذلك بشهر، فدخلتْ أو جاءَ زيد بعد مضيٍّ أكثرَ من شهرٍ من التعليق تبيَّن وقوعُه قبلَه بشهرٍ إن بقيتْ قابلةً له حينئذٍ، وإن مات أحدُهما قبلَ وجودِ الصفةِ بعد وقتِ الطلاقِ: فلا يتوارثان إنْ كان بائناً، وكذا إن كانت المدةُ طويلةً تَحتملُ العِدَّةَ كَسَنَةٍ فتحسَبُ العِدَّة من حينِهِ، وإن مضتْ قبلَ التبيُّن فيجوزُ لها أن تتزوَّج في الحال، ومن ذلك: ما أفتى به ابن حجر الثاني فيمن قال: متى أردتِ أن تتزوَّجي فأنتِ طالقٌ قبلَه بثلاثةِ أَقْرَاءٍ، فعاشتْ حتى مضتْ الأقراء ثم أرادتْ التزوُّج: أنها تطلُق قبلَها وتنقضي عِدَّتُها بها، فإن وَطئها قبلَ التبيُّن في كل ذلك في العِدَّة أو بعدها فهو شُبْهةٌ لجهله به، يجبُ به مهرُ مثلٍ، وعدَّةٌ مستأنَفَة، فإن حَبِلت فالولدُ له. وسبقه إلى ذلك عبد الرحمن بن مزروع وجعَلَه طريقةً لمن أراد التوسيعَ لزوجته في خلاصها من نكاحه من غيرِ تطويلٍ عدةٍ عليها بعد وجود الصفة، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ في آخر جزءٍ من عمري، وعاش بعد لفظه لحظةً تطلُق فيها.

## ١٠٣٥ ـ مسألـة

قوله: إن لم تكوني في داري الليلةَ فأنتِ طالق ـ ولا دارَ له ـ فتعليقٌ بمُحَالٍ، قال في «الأنوار»: فلا يقعُ، وكذا قولُهُ: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق الساعةَ، فدخلتْ فوراً لاستحالةِ وقوعِهِ قبل الدخول والساعةُ وقتُه، وقولُه: لا جَامَعْتُكِ حتى تسكُنَ شهوتُك، ولم تَشْتَهِ كما في «الروضة» وغيرها، أي: لأن المقصودَ أن لم أجامعْك حتى تسكنَ شهوتُـك، ولم تُوْجَدْ شهوةٌ: فهو كالمُحَال، وظاهرُ كلام زكريا في الأخيرة ترجيحُ عدمِ الطلاق بتقدير قوله: إنِ اشتهيتِ فلم أُشْبِعْكِ فأنتِ طالق، وهو

قريب إذْ قرينةُ الحالِ دالَّةٌ عليه، وأما قوله: إن لم تكوني في داري، ففيه وجهان عن أبي العباس الرُّوْياني بلا ترجيح، ولم يُرَجِّح في «الروضة» شيئاً منهما، وظاهرُ الإطلاق وقياسُ الباب طلاقُها في الحالِ، لأنه تعليقٌ بنفيٍ ممتنعٍ، فوقع، كما في قوله: إن لم تَصْعَدي السماءَ، نعم إن قال: أردتُ إن كان لي دارٌ ولم تكوني فيها الليلةَ: فلا يبعُدُ قولُه، وينزَّلُ الوجهان على الحالَيْن، فتطلُقُ إن أطلَقَ، ولا تطلُق إن أراد ما ذكرنا. وقد قالا[1] في الأيمان: لو قال: لأَشْرَبنَّ ماءَ الإداوة، ولا ماءَ فيها، أو لأَقْتلنَّ زيداً، وهو ميت: فالأصحُّ وجوبُ الكفارة في الحال.

وإذا قال لزوجته: إن لم تتزوَّجي فأنتِ طالق، فهل هو من المُحَال المنفيِّ، لأنه غيرُ ممكنٍ حالَ زوجيَّته، فتطلُق في الحال، أو لا لأنه يمكن أن يطلِّقَها ثم تتزوَّج، وليس البرُّ محصوراً بحال الزوجيَّة؟ اختلف فيها فقهاء اليمن، ونُقل عن الصَّيْمَري في نحوها وجهان، وعن الفقيه أحمد بن الحسين الخَلِّي فيها جوابان كالوجهين، وأفتى الجَمَالُ «شارح التنبيه» بالوقوع، والإمام ابن أبي الصَّيْف وعبدالله بن إبراهيم بن عجيل بنحوه، قال الأزرق في «النفائس»: وكان مشايخُنا يفتون به، ووافقه الناشِريُّ في «الإيضاح» ووالدُهُ، قال شيخنا عبدالله با فضل: إنه الظاهر، وأفتى الإمام علي بن أحمد الأصبحيُّ بعدمه، لإمكان تزويجِها في حياته لو فارقها، فلا يأسَ من ذلك، وعن الإمام أحمد بن موسى بن عجيل والإمام إسماعيل المُقْرِىء مثله.

أقول: وهو أفقه، فإن الأصحابَ اعتَبَروا وقوعَ الصفةِ بعد فراقِ الزوج بالنسبة إلى الطلاق المعلَّق بوجودها، ليقعُ في وَقْتِ النكاح قبلَه

---

(١) كذا، وعلى الحاشية: قال. ولعل ضمير التثنية يعود على الرُّوياني والنووي صاحب الروضة.

فيما إذا قال: إن لم أطلِّقْك فأنتِ طالق ثم فسخَ النكاحَ بسبب، قالوا: فإن مات ولم يَعُدْ لزواجها: حُكِمَ بالطلاق قُبَيل الفسخ إن كان رجعياً، وإن تزوَّجها بعده ولم يطلِّقها فكذلك، وإن طلَّقها فيه تبيَّن أن الصفةَ لم تقع وانحلَّ التعليقُ الأولُ.

وكذا قالوا: من قال: إن دخلتِ الدار أنتِ طالقٌ قبلَه بشهر، ولم تدخُلْ مدةً ثم دخلتْ ومات بعد دونِ شهرٍ من دخولها: حُكِمَ عليها بالطلاق بشهرٍ قبلَ الدخولِ، وتكون مع مدَّته مطلَّقة على ما سبق هنا، لو كانت حاملاً فولدتْ قبلَ وجودِ الدخول بدون شهرٍ تبيَّن انقضاءُ العِدَّة بِولادتها، قال المُزَجَّد: ومثل الأُولى قولُه: أنتِ طالقٌ على أن لا تتزوَّجي، ووافق الأوَّلين في الوقوع، ولو قال: عليَّ الطلاق لأكسِرنَّ هذا الهاوَنُ من رأسك، أو: إن لم أكسره: طلُقت حالاً، لاستحالة كَسْره، فلو قال: إن بقيَ لي متاعٌ ولم أكسِرْه من رأسك فأنتِ طالق، فبقي وجهان: أحدهما: لا تطلُق، لأنه لا يُراد بذلك، لاستحالته، وبه أفتى القاضي، وجَزَم الخُوَارَزْمي، ورجَّحه الزَّرْكشي، والثاني: تطلُق قُبَيلَ الموت، لأنه وقتُ اليأس، وصحَّح الإسنويُّ عليه الطلاق في الحال، وجزم به في «العباب» لتحقُّق العجز، ولو كان بالتعليق في التي قبل هذه بإذا أو: متى ونحوها، وَمَضى بعده ما يُمكنُ وقوعُ المعلَّق به بتقدير إمكانه: طَلُقت بلا خلاف، كما قاله موسى بن الزين وغيره.

ولو وطىءَ زوجَتَه ظانَّها أمتَه، فقال: إن لم تكوني أحلَى من زوجتي ـ أو عكس ـ فهي طالق، فصحَّح أبو العباس الرُّوْياني أنها لا تطلُق لظنه خطابَ غيرها، وقال أبو حامد المَرْوَزي: تطلُق في الحال، لأنها لا تكون أحلى من نفسها، ومال إليه الإسنوي، قال زكريا: وهو الأوجهُ، ولم يصحِّح الشيخان شيئاً، ولو قال: إن لم تَبيعي هذه الدَّجاجات فأنت

طالقٌ، فماتت إحداها أو أَكَلَتْها: طَلُقت لليأس، وكذا إن لم تأكُلي هذا، فتلفَ بعد إمكان أَكْله، وإذا قال: أنتِ طالقٌ أمسِ: طلقتْ في الحال إلا أن يُبَيِّنه بطلاقٍ فيه في نكاحه، أو في غيره، أو من غيره، وعُرِف فيهما، ولو قال: اليومُ غداً، وقع حالاً، أو: إذا جاء الغدُ فأنتِ طالق اليومَ: لم تطلق، وإن جاء الغدُ لفواتِ وقتِ الإيقاع مع وجود الصفة، لأنها مرتَّب عليها، بخلافه في المنَّجز في نحو: أنتِ طالقٌ أمسِ، لأنه أنشأَ الطلاقَ بلفظه، ثم ردَّه إلى زمنٍ لا يقبلُهُ، فوقع بالأول وأُلْغيَ المستحيلُ كما في قوله: عليَّ ألف: لا يَلْزَمُ.

وإذا قال للمتَّهمة بسرِقة: إن لم تَصْدُقيني فأنتِ طالق، فقالت: سَرَقْتُ، ما سَرَقْتُ ـ ولو متراخياً ـ: لم تطلق إن سَرَقتْ أو لم تَسْرِق، فلو علَّقه بإذا: فلا بدَّ من ذكرِ عَيْنِ الصدقِ قبلَ مضيٍّ زمن يَسعُه، فإن كانتْ سرقتْ فقالت: سرقتُ ما سرقت، لم تَطْلُق، فلو قدَّمتْ: ما سرقتُ: طلُقت، لأنها كذبتْ في وقتٍ يسعُها أن تصدُق فيه بقولها أولاً: سرقتُ، فلو لم تَسرق فقالت أولاً: ما سرقتُ في الحال: لم تطلُق لأنها صَدَقت، وإن قالت أولاً: سَرَقْتُ ما سرقت: فكذلك، لأنه لا يُمكنُها أن تقولَ فيه: ما سرقت، لزيادةِ حروفِهِ على الآخر بلفظة: ما، كذا ظَهَر لي تخريجاً على القاعدة، وعرضتُهُ على شيخيَّ الفقيهين عبدالله با فضل، وابنه أحمد فارتضياه.

وإذا قال: أنتِ طالقٌ قبل موتي، طلُقت في الحال، وكذا كلُّ ما يُعْلَم مجيئه في المستقبل ولا يعلمُ وقته، فإن عُلِمَ فقُبَيْلَه، كأنتِ طالق قبل رمضان: يقعُ بآخرِ شعبان، وطلقةٌ قبلَها الأَضْحَى: عقبَ يوم النحر المُقْبل، فإن أرادَ الماضي: ففي الحال، و: قَبْلَ ما قبله رمضان:

في رمضان، قاله القَمُولي. أي: آخرَ جزءٍ منه، على قياس ما مرَّ، وكذا ما لا يَتَحقَّق مجيئُهُ: ينتظَرُ، فإن وَقَع طلُقَت قُبَيْله، كطلَّقتُكِ قبلَ أن أَضْرِبَكِ، فلا يقعُ إلا بضربها، فيقع قُبَيله. هذا ما تلخَّص من حاصل كلام «الروضة» وما اعتمده زكريا فيه، وأفهم كلامُ الإسنوي خلافَه في بعضه، ومثلُ قُبيل: قُرْبُ، فإذا قال: إن لم أطؤْكِ إلى قربِ شهرٍ: بَرَّ بوطئها إلى قُبَيله ولو بلحظةٍ تَبْقَى بينه وبين آخره، كما في «جواهر» القَمُولي، والظاهرُ تعلُّقُ الحكم بتغييبِ الحشفةِ، حتى لو غَيَّب مع بقاء لحظةٍ ثم استدام إلى آخره لا يَحْنَث.

## ١٠٣٦ ـ مسألة

إذا أَقَّتَ الطلاقَ كأنتِ طالق سنةً: وقعَ مؤبَّداً، فلو قال: إلى سنةٍ أو: لسنةٍ، فيَحتَمِلُ التأْقيتَ والتعليقَ بمضيِّها، فإن نَوَى التأقيتَ وقع في الحال مؤبَّداً، أو التعليقَ أو أطلقَ: تعلَّق بمضيِّها، وإنما حَكَمْنا بالتعليق مع الإطلاق ـ وإن كان ظاهرُ لفظه التأقيتَ ـ لأن الطلاقَ لا يقعُ مع الشك، ولأثرٍ بالحَمْلِ على التعليقِ عن ابن عباس رضي الله عنهما رواه البَيْهَقيُّ[1]، ولم يخالفْه أحدٌ فيه.

## ١٠٣٧ ـ مسألة

قال: أنتِ طالقٌ إلا أن يشاءَ فلانٌ، أو يبدوَ له غيرُ ذلك: لم تطلقْ إلا أن يُيْأَسَ من مشيئته بموته، أو جنونه المتصلِ به فتطلُق قُبَيله، فلو قال:

(١) أشار إليه البيهقي إشارة ولم يسنده ولم يذكره، ولفظه ٧:٣٥٦: «.. عن إبراهيم ـ النخعي ـ في رجل قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، قال ـ إبراهيم ـ: هي امرأته يستمتع منها إلى سنة. وروي مثل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما، وبه قال عطاء وجابر بن زيد».

إلا أن أشاء أنا[1]، قال البغوي: طلُقتْ حالاً، لأنه أراد رَفْعَه بما يبدو، وقد وَقَع، قال الرافعيُّ: ويمكن أن يكونَ كإلا أنْ يشاءَ زيدٌ، قال الأذرعيُّ: وما بحثه هو نصُّ «الأم» ونقله عن البيهقي، وجزم به المُتَوَلِّي، فهو المذهب، وكذا قال ابن الرِّفْعة نحو ذلك، فلو قال: إن لم يشأْ زيد، فقال: لم أشأْ: طلُقت، وستأتي بزيادة.

## ١٠٣٨ ـ مسألة

أفتى موسى بن الزين فيمن قال لزوجِ بنتِهِ: عليَّ الطلاق لا كانتْ بنتي لكَ بامرأة: بأنها تطلُق زوجةُ الأبِ إن مضى زمنٌ يمكنُ زوجُ البنت فيه طلاقَها ولم يطلِّق، لأن معناه: إن كانتْ لك زوجة، وبأنَّ من قال: إنْ صليتُ إلى غيرِ قِبْلة فهي طالقٌ، فصلَّى بالاجتهاد لجهاتٍ ـ بتغيُّره ـ أنها تطلُق، لتحقُّق ذلك، ووافقه الجمال القماط.

## ١٠٣٩ ـ مسألة

قال: إن طلقتُكِ فأنتِ طالق، ثم طلَّقها رجعياً: طلُقت بالتعليق أخرى، لا إنْ طلَّقها وكيلُهُ، أو وقع عليها طلاقٌ بتعليقٍ منه سابق، ولا إنْ طلَّق عضواً منها، لأنه يقعُ عليه من جهته لا على جملتها، كما سبق، والتكميلُ شرعيٌّ قهراً، فلو قال: إنْ وقع عليك طلاقي، وقع ذلك بتطليق الوكيل، لا الجزءُ، ولا إن فوَّضه إليها فطلَّقتْ، على ما سيأتي أنه ليس تطليقاً منه، بل تمليكٌ، ولكن نقل عن «الأم» أنه تطليقٌ، فلينظر في ذلك، فلعله مؤوَّل؟ فلو قال: إنْ ـ أو: متى ـ طلَّقتُكِ فأنتِ طالق قبلَه

---

(١) من الحاشية، وفي الأصل: إلا أن يشاء أنا.

ثلاثاً، أو واحدةً، وهي تتمةُ الثلاث، أو تَبِينُ بها لكونه لم يَدخُلْ بها، فلا طلاقَ في الحال، فإن طلَّقها بعدُ فهي مسألة الدَّوْرِ المشهورةِ بالسُّرَيْجِيَّة، وفيها ثلاثة أوجه:

**أحدها**: يقع المنجَّز ويبطُل المعلَّق، لأن وقوعَه يُبْطِلُ المنجَّز، والمنجزُ أقوى، وفي إبطاله سدُّ بابٍ فَتَحَه الشرعُ من غير إذن، وهو المختار، ورجَّحه الشيخان، وعُزِي إلى أبي حنيفة، وبه قال ابن عَقيل من الحنابلة، ونقل عن ابن سُرَيج، وإليه ذهب أبو زيدٍ المَرْوَزيُّ والمتولِّي، ورجَّحه جَمْعٌ، قال موسى بن الزين: وبه العملُ في ديار مصر والشام، وهو القويُّ في الدليل.

**والثاني**: يصحُّ الدَّوْرُ ولا يقعُ شيءٌ، وفاءً بقاعدة التعليق، ونُقِل عن زيد بن ثابت الصحابيِّ، وهو الأشهرُ عن ابن سُرَيج، وبه اشتهرتِ المسألةُ، ورجَّحه الشيخ أبو حامد وأتباعُه والقفَّالان، وصاحب «التنبيه» وكثيرون، وَنَقَلَه الإمام عن المُعْظَم، والغزالي، والشيخان عن الأكثرين، وبعضُهم عن المذهب، واقتصر عليه بعضُهم، ونقلوه عن «المنثور» للمُزَني، وَنَسَبه الإسنوي عنه إلى النص، وكذا نقل عن «الأيضاح»[1] نسبتَه إلى النصِّ، وعزاه الغزاليُّ في بعض تصانيفه إلى ظاهر النصِّ.

قال علي بن أحمد الأَصْبَحي: ولا مَزيدَ على اختيار هؤلاء، ومَنْ أفتى بغيره فمتكلِّف، ورجَّح ابن الصلاح الأوَّلَ وقال: أَوَدُّ لو مُحِيَتْ هذه المسألة، وابن سُرَيج بريءٌ مما نُسب إليه فيها، والذي عليه طوائفُ المذهبِ وجماهيرُ أصحابنا أنه لا ينسدُّ باب الطلاق، وكذا قال بعضُ المتأخرين قال: وأوقَعَهم في إبطال المنَّجز ظنُّهم وقوعُ ثلاثٍ قبلَه، وهي

---

(١) كذا في الأصل، وسيأتي بعد أسطر: الإفصاح.

غيرُ واقعةٍ، لأن وقوعَ طلقةٍ مسبوقةٍ بثلاث لم يَرِدْ في الشرع، ولم يمنع الطلاقُ في نكاحٍ، وقال الشيخ عزُّ الدين بن عبد السلام: لا يجوزُ التقليد في هذه المسألة، لأنها على غير القواعد الشرعية، وأشار إلى بقاءِ فتحِ باب الطلاق، وقال أبو شكيل: هو الذي يترجَّح لي وأرجو أنه الصواب، وقد صحَّ عن الغزالي الرجوعُ إليه آخِراً، أي: لأنه صنَّفَ أولاً تصنيفاً في صحة الدَّوْرِ وعدمِ وقوعِ المنَّجز، ثم آخَرَ في بطلانِهِ ورجوعِهِ عن الأول، ووقوعِ المنجز، وطوَّل الإستدلالَ له، وهو ما ذكره أبو شكيل، نعم ذكر غيرُ واحد أنه رَجَعَ عنه إلى الأول، وصنَّف تصنيفةً لطيفةً جداً برجوعه إليه، ولم يذكُر دليلاً إلا تأديةَ اجتهاده لذلك.

قال بعضُ مَنْ أبطل الدَّوْر: وما نَسَبه الإسنويُّ للنص عن «منثور» المُزَني من صحته فإنما نسبَه الأئمةُ إلى المزني من قوله، وما نُسِب للنص عن «الإفصاح»[1]: قال بعضهم: تصفَّحتُ كتاب الطلاق منه كلَّه فلم أَرَه فيه، وخَطَّأ صاحبُ «الشامل» مَنْ أَبطَلَ المنجَّز وقال: ليس ذلك من مذهب الشافعي، وصنَّفَ الإمام المحدِّثُ أحمد بن حجر جزءاً كبيراً رجَّح فيه وقوع المنجَّز، واستوعَبَ فيه الأجوبةَ عن شبهةِ من يقول بإبطاله، قال: ووقوعُه هو ما أدركتُ عليه عظماءَ مشايخي الذين انتهتْ إليهم رئاسةُ العلوم على رأس المائة الثامنة، ولم يُوجَد ممن يُقْتدى به القولُ بإبطاله بعد الستمائة إلا تقيُّ الدين السُّبْكي ثم رَجَع وأفتى بالوقوع، وإلا الإسْنوي وعمدتُهُ أنه قولُ الأكثرين، فنقضتُهُ بأن الأكثرَ على وقوعه، وأوضحت ذلك غايةً، وقد قال الدارقطني: إن القائل بعَدمِ الوقوعِ خالف الإجماع، والمنقولُ عن الشافعي في صحةِ الدَّوْر هو في

---

(١) كذا في الأصل، وتقدم قريباً، الإيضاح.

الـدَّوْر الشرعي، ولم يُعَـرِّج قطُّ على الدَّوْر الجَعْلي. انتهى. قـال موسى بن الزين: فوقوعه هو المعتمد، ورجَّحه البُلْقيني وغيره. انتهى.

**والوجه الثالث**: يقعُ الثلاث، واختاره بعضُ أصحابنا والسُّبْكي في آخِرِ أمره، ثم الأصحُّ عليه وقوعُ المنجَّز ويُتَمَّم من المعلَّق، وهو المعروف على الحنفية والحنابلة، ونقله ابن هُبَيرة في «كتاب الأربعة»[1] عن الأئمة الثلاثة غيرِ الشافعي، وبه يَضْعُفُ القولُ بإبطال الطلاق، بل قال السَّرُوجيُّ من الحنفية: إنه يشبه مذهب النصارى. انتهى.

أقول: وما نُقِل عن زيد بن ثابت فيها لا أظنُّه يصحُّ، إذ لو صحَّ لكان من أقوى ما يتأيَّد به القولُ به، ثم القائلون به قالوا: لا وجهَ لتعليمِ ذلك، لفساد أهلِ الوقت، لكنْ من وَقَعَ فيه أفتاه المفتي بما يَراه، وللقول به قيودٌ؛ منها: أن يكونَ وقوعُ المعلَّق باختياره، فلو قال: إنْ فسختِ النكاحَ بموجِبٍ فأنتِ طالقٌ قبله ثلاثاً، ففسَخَتْه بعيبه، أو عِتْق، أو غيره: نَفَذَ لِئلا يبطُلَ حقُّها بقولٍ قاله، واحتَمَلَ الغزاليُّ في «وسيطه» امتناعَه، وألحقَ به البُلْقيني طلاقَ المُوْلِي بطَلَبِها والحكمَ في الشِّقاق، قال: وكذا إن نسيَ التعليقَ قلتُهُ تخريجاً ـ أو عقبَ التعليق بالطلاق بلا فاصلٍ فيقعُ قطعاً، إذْ لا زَمَنَ يَسَعُ المعلَّق انتهى.

ومن صُوَر المسألة: أن يكونَ قد علَّق الطلاقَ بدخولها، ثم علَّقه

---

(١) يريد كتابة المطبوع مراراً باسم «الإفصاح عن معاني الصحاح» وصواب: «الإشراف على مذاهب الأشراف». أما «الإفصاح» فهو اسم الكتاب الأصلي الذي ألفه لشرح «الجمع بين الصحيحين» للحميدي، ولما وصل إلى شرح حديث «من يُرِدِ الله به خيراً يفقِّهه في الدين» تعرَّض للمذاهب الفقهية الأربعة فى كلٍّ باب من الأبواب المعروفة.

بالثلاث قبله، وتسمى: العُمَانيَّة لورودها من عُمَان زمنَ القاضي أبي الطيب، فاختُلِف فيها، قال المُزَجَّد: والأصحُّ فيها إعطاؤُها حكمَ المنجَّز، على ما مرَّ، والحيلة في الخلاص على القول به لمن أراده في قوله: إن طلقْتُكِ أن يوكِّل من يطلِّقها فيقعُ قطعاً، كما بيَّناه أولاً، وبحثَ بعضُهُم منعَه بأن الوكيلَ لا يَملِكُ إلا ما يملكُهُ موكِّلُهُ، وبأن يُوقعَه على عضوٍ منها، كما بيَّناه أيضاً في قوله: إنْ وقع عليكِ طلاقي بتطليقِ العضوِ لا التوكيلِ، فإن زاد: على عضوٍ منكِ ونحوه، امتنعَ به، قال بعضهم: ويقعُ في الكلِّ بتفويضِ الطلاقِ إليها، لأن الأصحَّ أنه تمليكٌ له لا تطليقٌ منه، فلو زاد: أو بتفويضي فيه، امتنعَ بالكلِّ.

لكن ذَكر الإمام تقيُّ الدين بنُ دقيقِ العيدِ طريقاً للتخليص من كلِّ دَوْرٍ، وهو: أن يعكِس الدورَ فيقول: متى تلفَّظْتُ بطلاقِك فلم يقعْ عليكِ فأنتِ طالقٌ قبله ثلاثاً، فإذا طلَّقها انحلَّ الدَّوْرُ، ووقع المنجَّز، لأنه قد صار الطلاقُ معلَّقاً على كلٍّ من النقيضين وهما: الوقوعُ وعدمُهُ، وما لزمَ النقيضين فهو واقعٌ ضرورةً، واعتمدوه وإنْ كان لا يَخْلو من نظرٍ، كما قاله غير واحد، فقد صار مَخلَصاً، على ما به الفتوى؛ فلو كان تعليقُهُ بقوله: إن وقع عليها، أو على بعضِها، أو روحِها، أو بتوكيلٍ في شيء من ذلك، أو بتفويضٍ قاله في حَلِّه متى تلفَّظتُ أنا، أو وكيلي بالطلاق عليها، أو على بعضها، أو روحها، أو هي بتفويضي فيه، فلم يقع: فهي طالقٌ قبله ثلاثاً، فإذا طلَّقها وقع، فلو زاد في الأول «أو بعكس الدَّوْر، وانحلَّ، أو تلفَّظتُ بحَلِّه»: زاد في عكسه مثلَه، ولا يضرُّه ما قَصَدَ من منعه بالأول، كما قاله أبو مخرمة: فإن كان التعليقُ بـ«كلَّما»: أتى بها في حَلِّه، قال أبو مخرمة: والظاهر أنه لو كَتَبَ طلاقَها ونوى: وقعَ في كلٍّ ما سبق، فلو زاد في تعليقه «أو بكتاب»: زاده في حَلِّه.

ولو قال بعد التعليق بالطلاق: أنتِ طالقٌ نصفَ طلقةٍ فَكقوله: طالقٌ طلقةً، لأنه من بابِ التعبير بالبعض عن الكل، لا بالسِّراية، إذْ لا يصحُّ البعض فيما لا يتجزَّأُ إلا بالجملة، كما هو الأصح، ونقله الإسنوي في «التمهيد» عن الأصحاب، وقُرِّر، وقد مرَّ، قال أبو شكيل: ولها طريقٌ في كلِّ دَوْرٍ أن تَفسخَ نكاحَه بعيبٍ، أو عتق ونحوه، أو بأن يَهَبُ كلَّ ما يملكُهُ لغيرها[1] إن ساعدها، ثم تَفْسَخُ نكاحَه بإعساره بنفقتها بوجهه، فينفُذ، أي: ويبطُلُ التعليق أصلاً، على المعتمد، وإن جدَّد نكاحها، قال: ولا جناحَ على مَنْ فَعَلَه للتخلُّص، ومن علَّق الطلاقَ الثلاثَ أو ما تتمُّ به بما يُخْشَى وقوعُه فيخالعُها أو أجنبياً بواحدةٍ إن لم تتمَّ به الثلاث ثم يجدِّدُ، كما ذكروه، أو يَستعملُ طريقَ الفسخِ، كما ذكرنا، وينبغي في كلِّ ذلك أن يوقعَ المعلَّق به في حال البَيْنُونة قبل التجديد، خروجاً من خلافِ مَنْ يقولُ بعودِ الحِنْث بعده. انتهى بزيادة.

## ١٠٤٠ ـ مسألة

لو لُقِّنَ لفظُ تعليقِ الدَّوْرِ العاميُّ، فقد ذكر جماعةٌ من علماء اليمن منهم: إسماعيلُ المُقْرِي، ثم المُزَجَّدُ لصحته ـ على القول به ـ اشتراطَ علمِهِ بالمعنى المانع، وإلا فلا يُؤَثِّر، وبه أجاب موسى بن الزين فيه وفي غيره، وأيَّده بكلامٍ لابن عبد السلام، وسيأتي آخر النذْر، ونُسِب إلى ابن عُجيـل، ورُوِي عنه وقـوعُه من عـربيٍّ يَعْرف أصـلَ معنى اللغة لا كالعجمي، ويَكْفي علمُهُ أنه يَقْصِد به حَسْمَ باب الطلاق، وَبَسَطَ الكلامَ على ذلك، ومال إليه أبو القاسم بن مُطَير، وبه أجاب شيخنا عبد الله با فضل، ونُقِل عن الزركشي في «قواعده» ما يدلُّ له، وَنُقَل عنه

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: لغيره».

غيرُهُ استظهارَ الفرقِ في الكلِّ بين بدويٍّ لا يُخَالط العلماءَ وبين غيره، وهو يقاربُ ذلك.

## ١٠٤١ ـ مسألـة

من ألقى التعليقَ المذكورَ، ثم أقرَّ بالطلاق: قُبِلَ، لإمكانه بوجهٍ ما، ومنْ أَقَرَّ أنه ليس مُلقياً ذلك التعليقُ على زوجته، وأخذناه بإقراره: فلا تُقْبل دعواه به ظاهراً، كما أفتى به الأئمة: الحضرميُّ، وابن عجيل، والجَمَال العامري، وأبو مَخْرَمة وغيره، قال: وَأَمْرُهُ في الباطن موكولٌ إلى ما في نفس الأمر.

## ١٠٤٢ ـ مسألـة

من علَّق على ما يكونُ في المستقبلِ بغيرِ اختيارِهِ واختيارِ مَنْ يبالي به، فلا نَظَرَ في وقوع المعلَّقِ به إلى علمِ المعلِّق وظنِّه وَجَهْلِه، وذلك كطلوعِ الشمسِ، ومجيءِ الحاجِّ والسلطانِ، وفعل البهيمةِ ومن لا يميِّزُ، أو بما يكونُ باختياره، فإن قَصَدَ التعليقَ على ما في نفس الأمر من غيرِ مبالاةٍ فكذلك، وإن أطلَقَ، أو قصدَ الامتناع منه، فالأظهرُ أنه لا يقعُ بفعله منه، أو ممن يُبَالي به جاهلاً بالتعليق، أو ناسياً له، أو مُكْرَهاً على الفعل، أو مخطِئاً في أنه المعلَّقُ به، ويُصْدَّق الفاعلُ في دعواه ذلك، لأنه لا يُعْلَم إلا منه، إلا أن يكونَ غيرَ الزوج وكذَّبه، ولها تحليفُ الزوجِ إنْ أنكرتْ أنه فعله ناسياً، لا الأجنبيِّ، قال الجلالُ البُلْقيني: ولا ينحلُّ به التعليقُ فيقعُ به لو تعمَّدَه بعدُ، ومثلُهُ: الحِنْثُ في اليمين بالله على تَرْكِ فعلِهِ، وصحَّح ابن الصلاح الحنثَ فيهما؛ وإن علَّقه على ماضٍ؛ فإن عَلِم وقوعَه وَقَعَ، وإن جَهِل أو نَسي ـ كأنْ علَّقه بكوْنِ زيدٍ في الدار،

وهو فيه بلا عِلْمه، أو بفعلِهِ شيئاً وقد فَعَله ونسيَ: فإن قصدَ التعليقَ على ما في نفس الأمر كيفَ كان: طَلُقت، وإن قصدَ أن الأمر كذلك في عِلْمه أو ظنِّه: لم يحنَثْ، وإن أطلَقَ أو قَصَدَ أن ذلك معدومٌ بناءً على ظنه، فبانَ وجودُه: فقولان، ورجَّح ابن الصلاح هنا الحنثَ، أعني: وإنْ لم يقُلْ به في المستقبل، وصوَّبه الزركشي.

ورجَّح الإسنويُّ وغيرُهُ عَدَمه، قال زكريا: وهو الأوجهُ، وصرَّح به الشيخان في أوائل الأيمان، وكذا في تعاليق الطلاق في مسألةِ: إن استبدَلْتُ بخفِّي، وإن كانا ذَكَرَا قبلَه ما يدلُّ على الحنث، ورجَّح ابن رَزين، والقَمُوليُّ، والأذرعيُّ الحنثَ في الطلاق إذا لم يَقْصِد ظنَّه، لأن اليمينَ مبنيةٌ فيه على تحقيق ما يكونُ في نفس الأمر، ولا أَثَرَ فيه لاختياره، دون اليمين بالله، لأن المحذورَ انتهاكُ حرمةِ الاسم المُقْسم بِهِ، ولم يُوجَد منه مع الجهل، وبه أفتى أبو مخرمة، وَحَمَل السَّمهوديُّ كلامَ الشيخين وغيرِهما عدمَ الطلاقِ فيه على ما إذا لم تكنِ الصيغةُ بحرفِ تعليقٍ كإِنْ وأخواتِها كقوله: عليَّ الطلاق ما كان كذا، لأنه يُنْبِىءُ بقرينةِ الحالِ أنه بَنَاه على عقيدته، فكأنه قال: فيما أظن، قال: وأما ما صرَّح فيه بالتعليق بمضيِّه فالوضعُ يقتضي بوقوعه لوجوده، فلا يُصْرَف لإرادته أنه في ظنِّه مع الإطلاق، إذْ لا يَحتملُهُ اللفظ، وليس هذا مرادَ الشيخين، فإنما ذكرا ذلك في الحَلِف بغير تعليقٍ على ماضٍ ظنَّ فيه ظناً وتبيَّن خلافُه، لا فيما صرَّح بصيغة التعليق به فبانَ وقوعُه، وقد قال البغوي: لو علَّق الطلاقَ بزنا زيدٍ ظاناً عدمَه ـ وكان قد زَنَا ـ يجبُ على زيد أن يُخْبره سِراً، يعني: ليأخذ بالطلاق، قال الأذرعيُّ: وقبولُ قولِهِ مشكلٌ، لا سيما مع عدمِ توبته، ولم يجعلْه من مسألةِ الشيخين، بل جَعَلَه كمن علَّق بخلافِ ما في نفسِ الأمر بكلِّ حال.

والفرق بينه وبين المستقبَل: أن تقديرَه: إنْ فعلتُه بعدُ مختاراً، فرفع خطأه لحديثٍ: «رُفِع عن أمتي الخطأُ والنسيان»[1] ولا يتأتّى هذا التقديرُ في التعليق بالماضي، فلا يخرجُ عن قضيتِهِ بغير دالٍّ عليه. أقولُ: ومثلُهُ لو علَّق بحالٍ، كقوله: إن كان زيدٌ يأكُلُ فأنتِ طالقٌ في كل ذلك، وفي «الروضة» عن الرُّوْياني: أشار إلى ذَهَبٍ فحلفَ بالطلاق أنه الذي أَخَذَه من فلان، فشهِدَ عدلانِ أنه غيره: طَلُقَتْ على المذهب، وهي من صورة القولين، وعُذْره أنه نقله عن الرُّوْياني ولعلَّه ممن يحنِّثُ الجاهلَ، مع أنه قد ذَكَرَ رُجْحَانَ عدمِهِ في مواضع، ومنها ما اتَّبعه به بعدَ مسائلَ في مسألة استبدال الخفِّ، كما سبق، قال الأذرعيُّ: وذلك حيثُ اعتذرَ بالغلط، فإنْ أصرَّ على قوله: فقد كَذَبَ الشاهدان، فيُقْضَى عليه بالطلاق، أي: لأن إصرارَه قاضٍ بتعمُّدِهِ أو كونِهِ معلَّقاً بما في نفس الأمر، ليقرَّ بإنكاره عن الطلاق. ويشهدُ لذلك ما في «شرح التلخيص» للقفال: مَنْ قال: إن لم أَحُجَّ ذا العامَ فهي طالق، فشهدتْ بينةٌ أنه يومَ الأضحى بالكوفة، وقال هو: حجَجْتُ، طلُقت، خلافاً للحنفية. انتهى، فقياسُه في مسألة الذَّهَب كذلك. انتهى. وهو الصواب إن شاء الله تعالى.

وما ذُكِرَ في مسألة التعليق بالحج وبعدم الحج: ذُكِر مثلُهُ في تعليقِ العِتْق، قال في «العُبَاب»: وإن أمكنَ بطريقِ الكرامة، فإن أقامَ بينةً بذلك فالقياسُ تعارضُهما فلا يقع عِتْقٌ أي: ولا طلاقٌ، انتهى. أقول: وهو ظاهرٌ

---

(١) هذا الحديث بهذا اللفظ وأشباهه روي عن أبي ذر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم عند ابن ماجه في كتاب الطلاق ـ باب طلاق المكره والناسي ١: ٦٥٩ (٢٠٤٣ ـ ٢٠٤٥) ورواه الطبراني في «الكبير» ٢: ٩٤ عن ثوبان رضي الله عنه. وفي الحديث كلام كثير، حطَّ كلام الإمام النووي رحمه الله على أنه حسن، قاله في «أربعينه» الحديث التاسع والثلاثون.

إن لم يُقْطَع بكذبِ إحدى البيِّنَتَيْن بعلم القاضي، أو رؤيةِ العمومِ التي لا يمكنُ فيها الكذبُ كالتواتر، فيُؤْخذ بذلك، نعم إنِ ادَّعى ذلك بطريقِ الكرامةِ ودلَّ على ذلك دليلٌ بحال الزوج أو غيره، فقد أفتى الإمام الأَسيوطي بقبولِ بينته وبينةِ الآخرَ لإمكانه، كما قد وقع كثيراً، ونقله الأئمة، وليستِ القدرةُ محصورةً في المعقول، قال[1]: وقد قال بذلك صفيُّ الدين بن أبي المنصور في «رسالته»، ونقله عبدالله بن أسعد اليافعيُّ وقرَّره وطوَّل لدليله، ونُقِل عن الشيخ سهل التُّسْتَري، ونَصَّ على إمكانه غيرهم من الأئمة كعلاء الدين القُوْنَوي شارح «الحاوي»، وتاجِ الدين السُّبْكيِّ، وكريمِ الدين الآمُليِّ ـ بمدِّ أوَّله ـ، وابن نوح الفوميِّ ـ بالفاء ـ صاحب «الوجيز»، وابنِ عطاءِ الله الشاذليِّ، وابنِ المُلَقِّن، والبرهانِ الأنباسي، وغيرِهم من بين شافعيٍّ ومالكيٍّ، وحاصلُ ما وجَّهوه به ثلاثة أوجه:

**الأول**: تعدُّد الصُّوَر بالتمثيل والتشكُّل، كما قد يقعُ للمَلَكِ والجانِّ.

**الثاني**: عدمُ التعدُّد، لكن بتقرير المسافةِ بالطَّيِّ وزَيِّ[2] الأرض، وقد يكونُ الموضعانِ فيه به كموضعٍ واحدٍ رُفع ما يَحْجُبُ بينهما، فَيَرَاه كلٌّ في موضِعِهِ من غيرِ انتقالٍ، ويحسَبُهُ في أحدهما.

**الثالث**: تعظيمُ جُثَّةِ الوليِّ بحيثُ يملأُ الكونَ، فيشاهَدُ في مكانٍ، ويُحجبُ ما زاد على صورته المعتادةِ عن الرائي، أو يُدْمَجُ بعضُها في بعض.

أقول: وتكلَّمَ في بيان ذلك في تصنيفٍ لطيفٍ أَفْرَدَه له. وإيضاحُ

---

(١) أي: السيوطي، ويُنظر في هذه المسألة وتقريرها! والله أعلم.

(٢) زَيُّ الأرض: طَيُّها، فهو عطف تفسير، من قولك: زَوَى الله الأرضَ: طَوَاها.

الوجهِ الأولِ: أنْ تُخْلَقَ صُوَرٌ متعدِّدةٌ تَنْبَسِطُ روحُهُ عليها فتتَّصِفُ كلُّ صورةٍ بأنها هو، كما قد يقعُ للملائكة والجنِّ، والوليُّ أولى، وقد وَقَعَ لي ذلك بتعريفٍ في النومِ بوجودِهِ بهذه الصفةِ لبعض الأموات وأنا أَنظُرُ، وتعريفُهُ لي بالقول منه، ويُسْتأنَس له بقولِهِ تعالى: ﴿فَتَمَثَّلَ لها بَشَراً سَوِيّاً﴾، ومجيءِ جبريلَ إلى النبي ﷺ في صورةِ دِحْيَةَ، وغيرِ ذلك، وقد جوَّز بعضُهم كونَه من الثالث، والأولُ أحسنُ. ومن الثالث: قلبُ العصا ثُعْباناً لموسى عليه السلام، وهو أحسنُ ما يُحملُ عليه رفعُ بيتِ المقدِسِ للنبيِّ ﷺ صبيحةَ المعراجِ حتى رآه دونَ دارِ عَقيلٍ بمكةَ، فوصفَه لقريشٍ وهو ينظُرُهُ.

ويصلُحُ لكلٍّ منهما تمثيلُ الجنةِ والنارِ له في عُرْضِ حائطِ المسجدِ حتى همَّ بأخذِ عنقودٍ من الجنة، مع أن عَرْضَها كعرضِ السماء والأرض، وهو بالأول أقيسُ لولا هَمُّه بالعنقود، فيكونُ بالثالث أظهرَ لذلك، ومن الثاني: نقلُ عرشِ بِلْقِيس من سَبَأٍ باليمن إلى الشام في لحظةٍ، ودلَّ على مثلِهِ قولُهُ تعالى: ﴿ولو أنَّ قرآناً سُيِّرَتْ بِهِ الجبالُ أو قُطِّعَتْ به الأرضُ﴾ إن حُمِل على طيِّها، وَتَجلِّي جبريلَ للنبي ﷺ في آفاق حِرَاء في صورته الأصلية، ومجيءُ الملكِ السماويِّ إليه في لحظةٍ مع بعدِ السماءِ من غير تعدُّد، ولكن قد يقتضي ذلك زَمَنَيْن متقاربَيْن قد يحسَبُهما الغافِل واحداً فيتخيَّلُه أو يَرَاه في موضعه، ثم ينتقلُ وهو باقٍ في خياله فيه، أو يَرَاه في الموضع الثاني، ويمكنُ مجيءُ الأوجه الثلاثة في مجيءِ عَزْرائيلَ عليه السلام لقبضِ الأرواح، والملكين عليهما السلامُ في القبرِ للسؤال، وغير ذلك.

وفي قصة الشيخ سهل بن عبدالله التُّسْتَرِيِّ حيثُ حَقَنَه البولُ في

الجامع حالَ الخُطْبة وعنده شخصٌ فكاشَفه بحَقْنَتِهِ وَوَضَعَ عليه ثوباً غَشَّاه، وقال: اقضِ حاجَتَك، فإذا هو في غيرِ موضِعِهِ، في قصرٍ وعنده مُتَبَرَّزٌ ومِطْهَرة، فقضاها وَتَطَهَّر فسمعَه يقول: أَقَضَيْتَ أَرَبَكَ؟ فقال: نعم، فَرَفَعَ الغِشاء فإذا هو بموضِعِهِ من الجامع كحالِهِ الأولِ لم يَدْرِ كيف انتقلَ ولا شَعَرَ به مَنْ عندهما، ثم بعدَ الصلاةِ خارجَ الجامع قال له: كأنك ما أيقنتَ، قال: كلا، قال: لجِ القَصْرَ، قال: فإذا به، فدخله، فرأى مِنْشَفَتَه مبلولةً، ثم كلَّمه بكلامٍ أبكاه، فمسح الدمعَ، ثم فتح عينيه فلم يَرَه ولا القصرَ، قال: فلزمتُ الخِدْمَـةَ حتى قَبِلني، وقد أسنـدها القُشَيري إلى سهل، وَنَقَلها النوويُّ وغيره رضيَ الله عنهم، إلا أن تعدُّدَ عينِ سهلٍ فيها بعيد، وكذا تقديرُ عدمِهِ فيما اختلفتْ صُوَرُه، أو قُطِع ببقائه في محلِّه وتمثَّلَتْ صورتُهُ في غيره بزيادةٍ أو نقص، وكذا بَسْطُ الروحِ على أمثلةٍ فيما ليس له روحٌ، كما شُوْهِدَتِ الكعبةُ تَطُوفُ ببعضِ الأولياء، وبعضُ التقاديرِ يكادُ العقلُ يُحيلُهُ إلا إذا فَوَّض إلى قدرة الله التي هي وراءَ طَوْرِهِ.

والوجه الأول مبنيٌّ على إثباتِ عالَمِ المِثال الذي اعتمده الصوفية وَجَعَلوه متوسِّطاً بين عـالَمَيِ الأجسادِ والأرواحِ، وهـو أحسنُها، قـال القُونَوي: وبه تَنْدَفعُ إشكالاتٌ كثيرٍ، أقول: وهو شبيهٌ بما يَتَجَلَّى في المرآةِ والماءِ بغيرِ ترتيب إيجاد، وبما يراه النائمُ في الرؤيا الصحيحةِ، إلا أنه حقيقيٌّ في ذاته، بخلافها كما ذكرناه، حق حتى نَقَله الأئمة المعتَبَرون وصار متواتِراً لكثرةِ نقله عن جموعٍ ساداتٍ، فلِمَنْ عَلِم صدقَ مُخْبِرِهِ: أن يعتمدَه، إلا أن الحكم العامَّ والتقريرَ يحتاجُ إلى البينة. انتهى بزيادات وتوضيح.

## فــرع

في معنى الإكراهِ الحسيِّ: المنعُ الشرعيُّ حيثُ لا يَحتملُ الجوازَ، أو الحسيُّ ولم يَقْصِدِ الحِنْثَ بالفعل معه[1]، وليس من الجهلِ الجهلُ بالحكم مع علمِ أن الفعلَ هو المعلَّق به، فمنِ الأول: لو حَلَفَ بالطلاقِ لَيَطَأَنَّها الليلةَ، فحاضت قَبْلها أو فيها قَبْلَ تمكُّنِه منه: لم تطلُقْ، خلافاً للمُزَني، وكذا لو قال: إن لم تُصَلِّ الظهرَ، فحاضتْ قَبل تمكُّنها، كما في «الكافي» عن النصِّ، وكذا: إن لم تَصُومي غداً: فحاضتْ قبلَه، كما في «الروضة» عن الرُّوياني، وكذا إن لم تأْتيني وقتَ كذا، فَحُبِس حتى مَضَى، كما في «الكافي»، أو خَشِيَ محذوراً ظاهراً يَتَحَقَّقُه، كما أفتى به زكريا، قال الجلال البُلْقيني في «حواشيه»: ولو قال: إن لم أدخلِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، فَمُنِعَ منها حسّاً أو شرعاً لكونها لغيره: فكالمُكْرَهِ، قال البكريُّ: لو حَلَف ليتزوجَنَّ امرأةَ فلانٍ إن طلَّقها، فطلَّقها ثم رجع إليها في العِدَّة ولو بعقدٍ لبيْنُونتها: لم يحنثِ الحالفُ، لعدمِ تمكُّنه، فإن انقضتْ قبلُ: لم يقعْ إلا باليأس من تزوُّجها بموتٍ أو بمانعٍ اتصلَ به، كما سبق.

قال السَّمهودي: ومن حَلَفَ بالطلاق لَيزرعنَّ أرضاً، فَمُنِعَ من ذلك: فظهر لي أنه لا يحنثُ، كما قالوا فيمن حَلَفَ: لَيأكُلنَّ الرغيفَ غداً فتلِفَ قبله، ومعناهما: إنْ عُدِمَ دخولي وَأَكْلي باختياري، فلو علَّق بالنوم، فنام عن غلبةٍ: طَلُقت لأنها وصفُه، إلا أن يريدَ بهيئةِ اختيارٍ، كما أجاب به زكريا بمعناه في «قواعد» الزركشي عن الرافعي، قال: إن أخذتِ حقَّكِ

---

(١) فيكون للمكْرَه إكراهاً حسياً حالتان: إكراه يقصد معه الحنث بفعله له، وإكراه لم يقصد الحنث بفعله.

مني فأنتِ طالق: فأعطاه بإجبارِ السلطان: فإكراه، قال: والمتَّجهُ خلافُهُ، لأنه إكراهٌ بحقٍّ، فيقعُ، كطلاق الوليِّ[1]، أقول: والظاهرُ تقييدُ الإكراه بما إذا أراد: إن أعطيتُكِ، كما يأتي التصويرُ به، وإلا فلا إكراهَ على الأَخْذ فيما ذُكر، قال السمهوديُّ: فتلخَّص من كلام الشيخين بناءً على عدم تحنيثِ الناسي ونحوِهِ: أن معنى من قال: إنْ فعلتُ كذا أي: باختياري، فلا يقعُ بما فعله بغير اختياره، ففيه ما يمنعُ الطلاقَ في مسألة الزَّرْكشي، لأن الإكراه وإن كان بحقٍّ لم يتوجَّهْ لنفسِ الطلاق، بل لأمرٍ خارجٍ، ولذلك وَقَعَ طلاق المُوْلِي، لأنه أُلْزِم بـه شرعـاً، وكذا في «حواشي» البُلْقيني ما يمنعُهُ في مسألتنا. قال الزَّرْكَشي: وكذا يقيَّدُ بما أُجْبر على الإعطاء بنفسه، وإلا فهو قادرٌ على التوكيل، فتركُهُ تقصيرٌ، فيحنَثُ به.

وفي الأيمان من «الروضة» قال لغَـريمه: واللَّهُ لا أُفـارقكُ حتى أستوفي منك، فأفلسَ الغَريم، فمنعَه الحاكم من ملازمته: ففيه قَوْلَا حِنْثِ المُكْرَه، وإنْ فارقَه باختياره حَنِث؛ وإن كان واجباً كما لو حَلَفَ لا يصلِّي الفرضَ فصلَّاه: حَنِث، ولو حَلَف لا يُعطيه حقَّه، فأعطاه ناسياً أو مُكْرَهاً: فالقولان، قال السمهودي: وتحنيثُهُ بِفِراقه مختاراً وإن كان واجباً أُجِيبَ عنه بأنه خصَّ يمينُهُ به، ومن خصَّ بيمينه بفعلِ معصيةٍ كأنْ لا يُصلِّي، أو أَتَى بما يَعُمُّها قاصداً دخولَها، أو مع قرينةٍ عليه: حنِثَ، بخلاف من أطلَقَ ولا قرينةَ فَيُحْمَلُ على الجائز، لأنه الممكنُ شرعاً، والسابقُ إلى الفهم، فإن في مسألة الوطء: الظاهرَ أن قصدَه حـث نفسِهِ على الحلال، بخلاف من حَلَفَ لا يفارقُ غريمَه حتى يَستوفيَ: فقرينةُ

---

(١) كذا في الأصل، والظاهر أن صوابها: المُوْلي، فإن طلاقه يقع عليه بحكم الشرع، وستأتي هذه الكلمة كذلك بعد ثلاثة أسطر.

المُشَاحَّةِ دالَّةٌ على إرادته حالَ اليُسْر والعُسْر ما لم يمنعْ قهراً، فلو قصدَ حالَةَ اليُسْر حُمِل عليها، ومثلُهُ: لو حَلَفَ ظاناً يسارَه فبانَ مُعْسِراً: فلا يحنثُ بفراقه لذلك، فلو أراد بالوطءِ ما يَعُمُّ الحلالَ والحرامَ حنِث بكلِّ حال، كما ذكره الشيخان فيمن حَلف لا يفعلُ عامداً ولا ناسياً: أنه يحنَثُ بهما، وإن كان فيه نَظَرَ في اليمين، لبُعْده عن التكليف، ويتَّجه مثلُهُ في الإكراه.

أقول: ويلوحُ من هذا أنه لو ظنَّ حيضَها حالاً أو فيما بعدُ يحنثُ بتناوُلِ إطلاقِ اليمين على الوطءِ وقتَه، كما يحنثُ به لقرينة الحال، بإرادة العموم، ونقل القَمُوليُّ عن القاضي حسين فيمن قال: إن لم تصلِّي الآن فأنتِ طالقٌ فحاضتْ، أو: إن لم أَبِعْ جاريتي فبانتْ حاملاً منه: طلُقت فيهما، وقال غيره: لا تَطلُق لعدم الاختيار، قال الرُّوْياني: وهو الصحيح، وكذا صحَّحه الأذرعي، قال السَّمهودي: وكلامُ القاضي بناءً على ترجيحِ حنْثِ الناسي ـ كما اختاره ـ وهو مرجوح، وقولُهم: لو حلفَ لا يحلِفُ يميناً مغلَّظةً فكُلِّفَها: أنه يحنُثُ لا يخالفُهُ، لأنه يُمْكِنه الخلاصُ منها بأداء المدَّعَى ليسلَمَ من الحِنث، قال المُزَجَّد: وكذا من حَلَفَ على عدم إنفاقِ زوجته مدَّةً فحُبِس فيها، إذا أمكنه الإنفاق على يدِ غيره فلم يَفعلْ، قال السَّمْهودي: ولو حَلَفَ ليقضيَنَّ دَيْنَ فلانٍ يومَ كذا فأُعْسِر فيه: أفتى شيوخنا أنه لا يحنثُ، وبه كان يُفتي الوالد، ونقله عن شيخه عبدالله القاياني، ويدلُّ عليه ما سبق، وَرَوَى عن سعيد بن منصور في «سننه» حديث[1]: «تَجَاوَزَ الله لابنِ آدمَ عمَّا أخطأ، وعمَّا نَسِيَ، وعما

---

(١) عن الحسن البصري مرسلاً ١: ٢٧٨ (١٧٤٦). وفي إسناده إسماعيل بن عياش عن جعفر بن حيان العطاردي البصري، وإسماعيل ثقة في حديثه عن الشاميين فقط، مخلِّط في حديثه عن الحجازيين والعراقيين.

أُكْرِه، وعما غُلِبَ عليه»، والمسألة من الأخير، ووافقهم زكريا قال: إلا أن يَغلِب على ظنِّه عدمُ يساره وقتَ الوفاء، زاد الشريف[1]: وقد قالوا: من حَلف ليقضيَه غداً: فمات قبله، أو أُبْرِىء، أو عَجَزَ: فكالمُكْرَه، وهذا من العجز.

وكذا قولهم: إن مات بعد التمكُّنِ حَنِث وإلا فلا، لأن التمكُّنَ شرطٌ لاستقرارِ الحقوقِ الشرعية، ومَنْ حلفَ لَيأكُلَنَّ ذا الطعامَ غداً وتلفَ قَبلَه أو ماتَ، وهو كما مرَّ، قال الجلال البُلْقيني: وينبغي في القضاء أن لا يحنثَ لو سافَرَ الغَريمُ، وهو الظاهر، لفَوَاته بغير اختياره وإن كان يُمْكِنُ بالقاضي، لأن حملَه عليه مجازٌ، والحملُ على الحقيقة أولى، وفي «فتاوي» ابن البَزْري: ولو قال: لأقضينَّك إلى يوم كذا: فإنْ أراده للغاية وتمكَّن من الأداء حتى فاتَ: حَنِث، وإن أراده ظَرْفاً، للإيفـاء ولم يتمكَّن: ففيه خلاف، أي خلاف الإكراه، قال: ومِنْ عَدَمِ التمكُّنِ سَفَرُهُ قبل ذلك اليوم، وهو كما نَقَلْنا عن البُلْقيني.

وكذا قولُهُم الإبراءُ قَبْلُ: مانعٌ من التمكُّن، بخلافِ من فَوَّتَ البِرَّ باختياره كقوله: لا أفارقُكَ حتى أستوفي، فأبرأه: فيحَنَثْ، وهل يحنث فوراً أو عند المفارقة؟ فيه الخلاف فيمنْ أَكَلَ الرغيفَ قبل الغدِ، ونظائرِهِ، فلو وكَّل وكيلاً ليقضيَه ذلك اليومَ فأخَّره مع القدرة: حَصَلَ الحِنْث، كما أفتى به زكريا، وأفتى البُلْقيني فيمن قال: إن لم يَرُدَّ فلانٌ كذا: فهي طالق، فعجز عن ردِّه، وهو يَقْدِرُ على ردِّه لو وجده: لا تطلُق. أقول: وذلك حيثُ ظَنَّ عند الحِلف وجودَه، وفي «الروضة»: سرقتْ ديناراً وفاتَ عليها فقال: إن لم تَرُدَّه فهي طالق: لم تَطْلُقْ إلا باليأس من ردِّه بالموت،

---

(١) هو السَّمْهودي.

فإن تلِف قبلُ: ففيه خلافُ المُكْرَه، قال النوويُّ: إلا أن يتمكَّنَ من الردِّ قبل تَلَفِهِ فتطلُق، ونقلَ الرافعيُّ عن كتاب «العَقَارب» للمزني ـ وسُمِّي بذلك لصعوبته ـ نَقَلَ الإجماع فيمن حَلَف أن يقضيَ زيداً حقَّه غداً، فَعجز عن قضائه: أنه يحنَثُ، وهو كذلك فيه، وأطلَق.

قال السَّمهودي: واغترَّ به بعضُهم فأفتى بالحنثِ، فأنكر عليه شيخُهُ المناوي، وهو محمولٌ على قصدِ الحالِفِ تعميمَ اليمين وإن عَجز، ويتَّجه الإجماع في مثله، لأنه صَرَفَه إلى التعليق المَحْض، لا في غيره، كما دَلَّت عليه تفاريعُ الأئمة في اعتبار الإمكان، وسكوتُ الشيخين عن ذِكْره عندَ ذِكر حكم الناسي والوطءِ في مسألة الوطء: أدلُّ دليلٍ على أنه قام عندهم[1] ما يردُّه بإطلاقه، ولا يُظَنُّ بهم مخالفةُ الإجماع، ولذلك قد اختار ابن رَزِين الحنثَ مع الإكراه إذْ لا يَدْفَع ضمانَ الإتلافات، وكذا الناسي والجاهلُ في فِعْل نفسِهِ ـ لا غيرِهِ ـ ممن يبالي به، وكذا من حَلَفَ لا يُفارقُ غريمَه ففارقه بغير اختياره عالماً بالتعليق، أو (كان ممن يُبالي به فيحنَثُ، بخلافه فيمن لا)[2] يُبالي به، وأراد إعلامَه بتعليقه وجَهْله، وأطلقَ الشيخانِ في شيءٍ منه الحنثُ، والمرادُ إذا كان ممن لا[3] يبالي به، كما نبَّه عليه الإسنوي وغيره، قال القاضي ابن عبسين: ولو حَلَف على مُبَالٍ به أنه: إن فعل كذا، وحَلَف المحلوفُ عليه إن لم يفعلْه: فلا بدَّ من حنثِ أحدِهما بالفعلِ أو التركِ، ولا نظرَ لجهلِهِ بالنسبةِ لصاحِبِه، لأنه يُؤثر نَفْسَه، ولو قال: إن دخلتِ الدابةُ هنا، فأرادتِ

---

(١) كذا بضمير الجمع مع عدده على: الشيخين.

(٢) ما بين الهلالين وُضِع تحته خط في الأصل، وكتب بجانبه على الحاشية: «ما تحته الخط ساقط من النسخة الثانية، وبتقدم (لا) قبل (يبالي)»..

(٣) على حاشية الأصل: «في نسخة بدون: لا».

الدخولَ فمنعَها فأمسكَه آخرُ حتى دخلتْ: قال جمال الدين: تَطْلُق، ونُقِل عن «الروضة» فيها احتمالان.

ثم اعلم أن من مسائل الباب ما سبق في الخُلْع فيمن علَّق طلاقَ زوجتِهِ بإبرائها له من المهر فأبرأَتْه منه جاهلةً بالتعليقِ وصحةِ البراءة، وقد بيَّنا ثَمَّ ما فيه.

وأما الجهل بالحكم: فمنه: ما ذكره الشيخانِ آخرُ العِتْق عن ابن الصباغ، فيمن له عبد مقيَّد، فحلَفَ بِعِتْقه أن في قَيْده عشرةَ أرطال، وَحَلَفَ به لا يَحُلُّه أيضاً، فشهد اثنانِ أنه خمسةُ أرطال، فحُكِمَ بِعِتْقه، ثم حَلَّه، فوُجِدَ وزنُهُ عَشَرةٌ قال: لا شيءَ على الشاهدينِ، لأن العتقَ حَصَل بالحلِّ وفعلِهِ مختاراً، ولا عبرة بظنِّه عِتْقَه بالشهادة، وهو مقصِّرٌ بعدم التثبُّتِ إذْ كان من حقِّه أن لا يَحُلَّه حتى يَحُلَّه الحاكم فيظهرَ صدقُهُ. انتهى.

ومنه: من حَلَف أنْ يقضيَ دَيْنَه، فلا يبرأُ بالتعويضِ عنه، والإبراءِ إلا أن ينويَ الخروجَ منه بأيِّ وجهٍ، فيقبلُ باطناً، وفيه ظاهراً اضطرابُ نَقْلٍ، بخلافِهِ في لفظِ الإيفاء، ففي «الروضة» قبولُ إرادتِهِ مطلقاً، وحيثُ وَقَعَ الفعلُ بغير اختياره فعلى ما سبق، فلو أطلقَ ثم عوَّض ظاناً أن التعويضَ يَقومُ مَقَامَ القضاءِ، ففيه احتمالان، قال السَّمهوديُّ: والأرجحُ تحنيثُه، لتقصيره بجهل الحكم، وقال زكريا: إلا من قَرُبَ إسلامه، أو نشأَ بباديةٍ بعيدةٍ عن العلماء ونحوَه، لعُذْره.

ومنه: قال: إنْ خرجتِ بغير إذني فأنتِ طالق، فخرجتْ بلا إذنه ناسيةً، فلم تطلُق، فظنتِ انحلالَ اليمينِ بخروجِها الأول، وخرجتْ ظانةً ذلك، فأجاب أبو مخرمة بأنها تَطلُق ولا يؤثِّر الجهلُ بالحكم، ويُشْبِهها:

من أكل ناسياً للصوم، فظنَّ أنه أفطَرَ فأكل ثانياً، فإن الأصحَّ بطلانُ صومِهِ بالثاني، وبمثلِهِ فيها أجاب موسى بن الزين، وَنَقَل أن جهلَ الحكم لا يؤثِّر عن سراج الدين البُلْقيني في كتاب «التدريب» قُبَيل الرجعة، وعن ابنه الجلال فيمن حَلَفَ بالطلاق لا يأكُلُ مع فلان، فأُخْبِر بموتِ زوجتِهِ فأكل معه، فتبيَّنَت حياتُها: أن الأرجحَ طلاقُها، وصرَّح الأذرعيُّ في خَلْع السفيه بأن جهلَ الحكم لا يمنعُ الحِنْث، وكذا الإمامان ابن الزَّنبول وأحمد بن موسى التَّعِزِّي اليمنيان فيمن حَلَف لا يسكنُ بيتاً فسكنه يوماً، وظنَّ أنه لا يحنثُ إلا بطول المدة قالا: يحنثُ قطعاً، وغلَّطا من قال: لا يحنث، وكذا أفتى به أبو الحسن الأَصْبَحي وأن جماعة غَلِطوا فأفتَوْا بخلافه. انتهى.

ويؤيِّد ما ذُكِرَ: أن من شرب مُسْكراً عالماً بتحريمه، جاهلاً بالحدِّ: يُحَدُّ، وأفتى البُلَقْيني فيمن حَلَفَ بالطلاق إن خرجتْ بغير إذنه، فأُخْبِرتْ بإذنه كذِباً، فخرجتْ ظانَّةً صدْقَه: أنها لا تَطْلُق، إذ لم تَخْرجْ مُرَاغِمةً له. ويُشبهها: من حَلف لا يفارقُ مَدِيْنَه حتى يَستوفيَ منه، أي: حتى يبرأَ من دَيْنه، فأشار عليهما متفقِّهٌ بأن يَضْمَنَ له بدَيْنه ضمينٌ، فضَمِن، فظنَّ براءتَه به، قال أبو شكيل: لا يحنثُ على الأظهر، لجهله، قال أبو مخرمة: وليستا كمسألةِ: من خرجتْ عالمةً مع ظنِّ الانحلال، لأنها لم تخرجْ إلا بالإذن في ظنِّها، ومعلومٌ أنه لا يحنثُ به، وكذا في الأخيرةِ، أي: لأنه حلَف من فراقه وحقُّه باقٍ عليه وظنَّ الآن بَراءتَه، فعُذِر بجهله، أي: أما ما ظُنَّ الانحلال فهو غير مستنِدٍ إلى شيء، بل بمجرَّدِ جهلٍ، فلم يعذر للتقصير. أقول: وفي الفرْق بينهما وبين مسألة أبي شكيل إشكالٌ، ولذا أفتى المُزَجَّد بأن لا يقعَ فيها طلاقٌ، لكن أفتى الفقيه محمد بن أحمد با فضل بوقوعه كأبي مخرمة، قال: نعم إنْ ظنتْ أن

التعليقَ مقصورٌ على الخَرْجَة الأولى فلا تطلُق، لأنها لم تخرج مُراغِمةً له. انتهى. وفي كلام أبي مخرمة ما يقاربُه، وهو كالمفسِّر للحقِّ بأن الفعلَ إنِ استند إلى أمرٍ تعذَّر معه لم يَقَعْ، وإن لم يكنْ إلا مجردُ ظنِّ الحكمِ بِلا أمرٍ يَستندُ إليه: طلُقت، ويؤخذُ منه أنه لو قيل لها: إن اليمينَ تنحلُّ بالخروج ناسيةً فصَدَّقتْ: لا تطلق، وهو الظاهر، لأنها لم تخرجْ مُراغِمةً له.

## ١٠٤٣ ـ مسألـة

من علَّق على شيءٍ لا يقعُ إلا فاسداً: وَقَعَ الحكمُ به مع فساده إن قَصَدَ صورتَه: كإنْ لم تَبيعي الخمرَ، أو: إن لم تَصُومي العيدَ، أو: تصلِّي في الحيض: فأنتِ طالق، ففعلتْ ذلك أي صورةً لم تطلُق، وكذا إن أطلقَ فيما يدلُّ الحالُ على الحضِّ على فعله، كما جَزَمَ به في «العُبَاب» في هذه الصوَر، وعلى قياسِهِ لو حَلَفَ لَيَفْعَلَنَّه، ففعله: أن لا يحنث، وسبق في الخُلْع في: إن أخَّرتِ دَيْنَكِ[1]، عن أبي مخرمة وغيره مثلُهُ، وذكر الأصحابُ أن من حَلَفَ أن لا يبيعَ الخمرَ فباعها: لا يحنثُ إذْ ليس بيعاً حقيقياً، إلا أن يريد صورتَه.

وتحقيقُ المسألة فيما نعتمدُهُ في ذلك وأشباهِهِ: أن كلَّ تعليقٍ بشيءٍ يصلُحُ اللفظُ له حقيقةً أو عرفاً فقط: حُمِل عليه، وإن حَمَلاه ودلَّت القرينة على إرادةِ أحدهما أو قَصْدِهِ: حُمِل عليه، وإلا فيحملُ على الحقيقة.

---

(١) هذا التعبير من المؤلف رحمه الله يدلُّ على أن هذه الجملة ابتداء مسألة سبقت في مبحث الخُلْع، ولم أَرَ فيه مسألةً افتتحها بهذه الجملة؛ فلينظر.

مثال الأول: قوله: إن أبرأْتِني من مهرك فأنتِ طالق، أو اليمينُ على الإبراء، فيحملُ على الصحيح لا غير، إذ هو إسقاطُ الحقِّ، فلا يقعُ إلا به، إلا أن يريدَ التلفُّظ به فقط.

ومثال الثاني: حِلفُه أن يبيع[1] الخَمر، أو أن يصومَ[1] يومَ العيد، وقولُهُ لها: إن لم تصومِيهِ أو تَبيعيها فأنتِ طالق، فيحصُلُ ذلك بالصورة العُرْفية، إذْ لا يمكنُ وجودُ ذلك إلا بها.

ومثال الثالث: حِلفُه على الامتناع من ذلك، وتعليقُ ذلك بوجوده، فإنه يُحملُ على الحقيقة إن لم يُرِدِ الصورة، لأنه يوافقُ أصلَ عدمِ الحنِثِ ويَحْتملُهُ اللفظ، فالتعليقُ به تعليقٌ بوجود مستحيل، فلا أَثَرَ له إلا أن يريدَ مجردَ اللفظ.

ومن هذا الباب قولُهُ: إن أمهلْتِني بدَيْنِك عليَّ إلى وقتِ كذا، أو تركتِ الطلبَ به، أو تركتِ لي نفقتَكِ أو سُكْناكِ، أو احتملتِ نفقةَ ولدِك سنةً: فأنتِ طالق، فينبغي أن يقعَ بلفظها بما ذُكِرَ، ويكون بمهر المثل، لأن هذه الألفاظَ شائعةٌ لغةً وعرفاً به، وإنما تختلفُ فيه شروطُ[2] الصحة شرعاً، ومثلُهُ في الخُلْع يوجبُ صحةَ الطلاق بمهر المثل، كما نصَّه الأئمة في: إن أعطَيْتِني عبداً أو ثوباً، ونحوها من الصُّوَر، والله أعلم.

ولو قال: أنتِ طالقٌ الطلقةَ الرابعةَ: فوجهان، قال في «الروضة»: وهو يُشْبه التعليقَ بالمُحَال، وظاهِرُهُ الميلُ إلى ترجيحِ عدمِ الوقوعِ، لكِنْ فيه نظرٌ، لأن الطلاقَ تمَّ بقوله: أنتِ طالق، والزيادةُ غيرُ صالحةٍ

(١) كذا في الأصل، ولعل الصواب: أن تبيع... أن تصوم، بقرينة قوله: إن لم تصوميه أو تبيعه.

(٢) في الأصل: شرط.

للَّفظ، فيكونُ كقوله: أنتِ طالقٌ طلقةً لا تقعُ، وأنتِ طالقٌ أمسِ ، أو قبلَ أن تُخْلَقي، وأنتِ طالقٌ للسُّنَّة والبدعة، ونحو ذلك، فينبغي الوقوعُ في الحال، ولو قال: طلَّقتكِ قبلَ أن أُخْلق، فقياسُ مثلِهِ - في أنه لا يعتق عبدُهُ كما يأتي بقوله له ذلك - أن لا تَطْلُق، ولعل الفرقَ: أنه في: طلَّقتك وأعتقتُك أسندَ الفعلَ إلى نفسِهِ حيثُ لا تصرُّف لها، فلم يقعْ به، بخلاف: أنتِ طالق فإنه إنشاءٌ محضٌ أرادَ رفعَه بعد وقوعه بمستحيلٍ لا يحملُهُ اللفظ، وعلى هذا لا تطلُق ويَعتق بقوله: طلقتُكِ أو أعتقتُكَ قبل أن تُخلَقي، أو طلقتُك مجنوناً - أي: حال جنوني - لصلاحيةِ اللفظ للإسناد. وَلْنَزِدِ النظرَ فيها.

## ١٠٤٤ - مسألة

من قال: إن كنتُ لا أملكُ إلا عَشَرَةً، أو: إن لم يكنْ في الكيس إلا هنَّ: فأنت طالق: لم تُطلق إلا بعشرة يملكُها، أو تكونُ فيه بلا زيادة ولا نقصٍ، حتى لو لم تكنْ له أو فيه شيءٌ: لم تطلُق، وإن تَرَكَ «إلا» وهو يملكُ أكثرَ: طلُقت، لأن معنى «إلا» غيرُ؛ أو دونَ العشرةِ: فوجهان، قال المتولِّي وابن الصباغ: تطلُق، وبه أَخَذَ في «العُبَاب» كالإسنوي، وإن قال: لا أجامعُك في السنة إلا مرةً، فلم يجامعْها: لم تطلُق، كما صحَّحه النووي، ومثلُهُ: لا يَطْحَنُ عَشَائي إلا أنتِ ولم يَتَعَشَّ، فإن تعشَّى غيرَه - وَقَصْدُهُ الامتناعُ منه - قال بعض اليمنيين: فلا شكَّ في حنثِهِ، وهو الظاهر، وقال بعضهم في قول الزوج: أنتِ طالق: إن دخلتِ كان إلا فراقك: تطلُق إنْ لم يفارقْها حياً باليأس منه، فلو حذف «إلا» طلُقت بالدخول.

## ١٠٤٥ ـ مسألة

حيثُ علَّق بوجود شيء فادَّعَتْه، ولا بينةَ وأنكرَ، فالقولُ قولُهُ حتى في وِلادتها لو علَّق بها، ولا يُقْبل فيه إلا شهادةُ رجلين وإن قَبِلْنا النساءَ في أصل دعوى، المعلَّق به كالمال والوِلادة، نعم تُصَدَّق هي في حيضها، لا في وطئِها أو زِناها وغيرِهما مما يخفى، فإن أنكَرَ حَلفتْ وطلُقت في كلٍّ ذلك على المعتمدِ ورأيِ الأكثر، وإن أفتى القفَّال بمنعه في الزنا؛ وحيثُ علَّق بنفي شيءٍ فادَّعى وجودَه لئلا يقعَ ولا بينةَ، فإن لم يتعلَّق بفعلِهِ وفعلِها: صُدِّق هو، لإمكان دعواه مع أصلِ بقاءِ النكاح، وكذا إن شكَّ فيه، وذلك كقوله: إن لم أَصِدْ ذا الطائرَ اليوم، أو: إن لم يَشأْ زيد، أو: إن لم يدخلِ الدار، فاصطادَ طيراً يمكنُ كونُه إياه وشكَّ في دخولِ زيدٍ، كما رجَّحه النووي؛ وإن تعلَّق بهما: فإن كان لا يُعرفُ إلا من جهة صاحبه كالحبِّ، والبغضِ، والنيةِ، والحسدِ: صُدِّق صاحبه، ومنه: الخوفُ إن لم تدلَّ قرينةٌ قطعية بخلافه.

ومثلُهُ: أن يعلِّق الطلاقَ بضَرْبه لها فضَرَب غيرها فأصابَها: فتطلُق، فإن قال: قصدتُ غيرَها، فأنكرتْ، قال البغوي: صُدِّقت، ويُحتملُ قبولُه، وأقرَّه الشيخان، لكن جَزَم في «الكافي» بقبوله، قال السَّمهودي: وهو متعيِّنٌ مع القرينة، أي: فلا تطلُقُ على الأظهر، لأنه مخطىءٌ. وإن كان بفعلٍ ظاهرٍ من أحدهما: كإن لم أنفقْ عليكِ اليومَ فأنتِ طالق، فادَّعى الانفاقَ وأنكرتْه: قال القاضي حسين: يُصَدَّق هو، لأجلِ بقاءِ النكاح، وهي لنفقتها، وبه جَزَمَ الشِّيرجي في «الطِّراز».

وكقوله: إن خرجتِ بغير إذني، فخرجتْ، وادَّعى أنه أذِن لها فأنكرتْ، ففي أصل «الروضة» في الأيمان: هي المصدَّقة، وفي كتاب

ابن كَجٍّ: هو، قال الأذرعيُّ: ومِلْتُ إليه في موضعٍ، ثم توقَّفتُ فيه لفساد الزمان، وتضمَّن كلامُ كثيرين أو الأكثرين خلافَه، وأفتى السراج البُلْقيني بقبوله في نظيرها ممن علَّقه بعدم إذْنِ أبيها وادعاه، وفي «فتاوي» البغوي فيها وجهان وقد علمتَ فتواه في الأولى، وتصديقُهُا في عدمِ الإنفاقِ أولى، لأن قبضَها مستَحَقٌّ لها بخلاف الإذن، قال الزركشي: وبالجملة فالراجح تصديقُها، وبه قال ابن الصلاح. وذكر الأصحابُ فيمن قال: إن لم أطأْكِ الليلةَ فأنتِ طالق، فادَّعى الوطءَ: أن القولَ قولُهُ لعُسْرِ إقامةِ البينةِ عليه، قال شيخنا عبدالله با فضل في أثناء كلامٍ له: وتصديقُ مدَّعي الوطءِ لا يَتَعَدَّى إلى غيره من الخفيَّات.

فقد حَصَلَ لنا من المذكور أن الراجح تصديقُها في غيره مما تعلَّق بفعل أحدهما، قال موسى بن الزين: وبه جزم المتولِّي وغيره، واقتضاه كلامُ الماوردي، فهو الراجح، أقول: وأَخْذُ الشيخين به كما ذكرنا في الإذن من أدلِّ دليلٍ على ترجيحه، مع أن الأصحَّ أنه لا يُحتاج اعتبارُهُ إذا حَصَلَ لعلمها، فلا تطلقُ بخروجها جاهلةً به، وحيث قلنا: الإعسار كالإكراه: فادَّعاه: قال السَّمهودي: فالراجح قبولُه، وكذا النسيانُ، لأنه أعلمُ بنفسه، ولو ادَّعى قضاءَ الحقِّ: فعلى ما سبق في أداء النفقة، وما ذكره من تصديقه في الإعسار ظاهرٌ إن قلْنا بتصديقه في الكلِّ، وإلا فينبغي أن يجيءَ فيه ما ذَكروه في مَدِينٍ حُجِر عليه وحُبس فادَّعاه، والمعتمدُ تصديقُهُ إن لم يُعهدْ له مالٌ، وإلا فلا، وحيثُ علَّق بما لا يُعلَم إلا من الغير كمحبته ومشيئته، فهو مصدَّق فيها، وإن علَّق بفعله فَزَعَم وقوعَه، وصدَّقَتْه الزوجة، فالقولُ قولُ الزوج، فإن أنكرَ حلفت هي لا الغير، قاله البُلْقيني، وخطَّأَ من قال غيرَه، وهو كمن علَّق بحيضِ غيرِها، وقد ذكره الأصحاب كذلك.

## ١٠٤٦ ـ مسألة

سبق أن تعليقَ النفي بإِنْ لا يقتضي الطلاقَ إلا باليأس من وجوده، فلو خصَّه بزمنٍ تعلَّق باليأس منه فيه مع عدمِ المانِعِ منه فيه، فإذا قال: إن لم أُعْطِكِ دَيْنَكِ في يوم كذا فأنتِ طالق، فمضى اليومُ ولم تُعْطَهُ: طلُقت آخرَ جزءٍ منه، لأنه وقتُ اليأس من الإعطاء، وكذا لو علَّقه بما أُلْحِقَ بإِنْ، كعليَّ الطلاق لآتينك، أو لابدَّ أنْ آتيكِ اليوم، فتطلُق بمضيِّ آخره، فلو حُبِس فيه كلِّه: لم يحنثْ كالمكْرَه، ولو خالعها أو أجنبياً فيها قَبْله: تخلَّص من التعليق، لأن وقتَ الطلاقِ جاء وقد بانتْ، حتى لو جَدَّدَ النكاحَ فيه لم تطلُق بناءً على الأصح أن الصفةَ لا تعودُ به، ومثلُهُ لو قال: إن لم تخرجي الليلةَ من داري، فخُلْعها إلى أجنبيٍّ في الليل، ذكره الشيخان في أواخر الطلاق، وقالا: من قال لزوجته: إن لم تأكُلي هذه التفاحةَ اليومَ فأنت طالق، ولأَمَتِهِ: إن لم تأكلي هذه اليومَ فأنتِ حرةٌ، فاشتَبَهَتَا: فأكلتْ كلَّ ما تظنُّ تفاحَتَها بالتحرِّي: لم يقع شيء، وكذا بغيره، للشك، فلو خَالَعَ الزوجةَ وباع الأَمَةَ فيه ـ أي: مع بقائهما ـ تخلَّص وإن جدَّدَ ملكَهما.

فلو حَلَفَ ليفعلنَّ كذا اليومَ، فخالَعَها قبل فِعْله، وقد أمكَنَه ولم يفعلْه حتى مضى اليوم، فإن كان المعلَّق رجعياً: تبيَّن وقوعُه قُبَيل الخلع، وإن كان بائناً: صحَّ الخُلْع، إذ لا مانع، ولم يَقَعِ المعلَّقُ، لأن وقوعه يمنعُ صحةَ الخلع، فأبطلناه للدَّوْر؛ ومثلُهُ: لو قال لعبده: إن لم أَبِعْكَ اليومَ فهي طالق، فأعتقه، أو مات بعد إمكانِ بيعِهِ: تطلُقُ قُبَيْلهما، ذكره صاحب «البيان» وغيره، ومنه يؤخذ: أن التفاحتينِ لو بَلغتا بعد إمكانِ الأكلِ تطلُق الزوجة وتَعْتِق الأَمَة قُبيل التلف، سواءٌ وقّع بعده خُلْع أم لا، ويصحُّ الخُلْع بعده إن ركان رجعياً؛ ولو حلَف بالثلاث لا يُساكنُ أخاه ثم

حَلَف بها لا يخالِعُ زوجتَه ولا يوكِّل فيه فخالَعَها: فأجاب عز الـدين الفاروني بوقوع الطلاق، وغُلِّط فيه بأنه إذا خالع بانت فلا يقع ما علَّق به، وبه أجاب تاج الدين الفَزَاري، وهو الصوابُ، فله مساكنتُهُ بعده، ووقع لابن الرِّفعة والسُّبْكي وغيرهما كلامٌ في المسألتين السابقتين وإشكالٌ، والحاصل أن المعتمدَ ما ذكرناه، كما حقَّقه زكريا، وصوَّبه السَّمهودي.

## ١٠٤٧ ـ مسألـة

ينحلُّ التعليقُ ببينونةِ الزوجةِ، كما سبق، وبحصول الطلاق به، فلا يتكرَّر بتكرُّره إلا في «كلَّما» فإذا قال: إنْ كلمتِ زيداً أو عَمراً فأنتِ طالق، طلُقت بتكليمِ أحدِهما وانحلَّ، فلا يقعُ بكلام الآخر وبوقوع ما علَّق بنفيه كقوله: إن لم أضربْكِ فأنتِ طالقٍ وَضَرَبها ولو في جنونه، وكذا: إن تركتِ طلاقَك، وطلَّقها فوراً لأن معناه إن لم أطلِّقْك، وقد طلَّق، فلو قال: إن سكتُّ عن طلاقـك، وطلَّقها ثم سكتَ: طلُقت أخرى، لأن السكوتَ وجودُ شيء، والتركَ عدمُهُ، ولذا يقال هنا بعده: سكتَ عن الطلاق، ولا يقال: تركه، كذا فرَّق به ابن العماد وغيرُهُ أخذاً من كلام الماوردي، ولا ينحلُّ بفعِلِه ما عُلِّق به ناسياً، لأنه كالعدم، فيقعُ به بعدُ عمداً، ولا فيمنْ قيل له: كلِّم زيداً اليومَ، فقال: إنْ كلمتُهُ فهي طالق، فمضى اليوم، بل تطلُقُ بتكليمه متى كان، فإن أرادَ اليومَ قُبِل ظاهراً للقرينة، ومن علَّق بالخروجِ إلا بإذنه ثم أَذِن انحلَّ وإن رجَعَ عن الإذن، إلا أن يكون التعليقُ بـ «كلما» فإنه إن قال في تعليقه: حتى آذَنَ، أو: إلى أن آذن، لم يَعُدْ، وإن قال: بغير إذني أو: إلا به، فتطلُق بالخروج بعده، وكالرجوعِ: ما إذا أَذِن فيه مقيَّداً، على الظاهر، ولو أخرجَها بيده أو غيرِها فخرجَتْ ولم يتلفَّظ بالإذن: فليس إذْناً على الأرجح.

## ١٠٤٨ ـ مسألة

إذا اختلفَ الوضعُ والعُرْف في المعلَّق به، وشبهه، واليمين عليه، فإن اطَّرد العُرْف بلا اضطرابٍ: حُمِلَ عليه، وإلا فالأصحابُ ـ غيرَ الإمامِ والغزالي ـ يميلون إلى الوضْع، وهما إلى العرف، فإذا علَّق بشيءٍ فعلى المفتي أن يجتهدَ في التأمُّل ويعملَ بما اقتضاه. .

فمن مسائل الباب: البخيلُ مانعُ الزكاة، ومن لا يَقْري الضيفَ، فإذا قال: إن كنتُ بخيلاً فأنتِ طالقٌ ـ وفيه أحدُهما ـ طلُقت، والقَحْبَةُ: البَغِيُّ، ولو علَّق برؤ يتها زيداً اشتُرِطَ رؤ يتُهُ كلِّه بما يقتضيه العُرْف، قاله المتولِّي، لا خَيَالِهِ في مرآةٍ أو نومٍ، نعم لو علَّقه الشخص برؤ يةِ نفسِهِ: طلُقت برؤ يته لها في المرآة، إذْ لا يُمكنُ إلا كذلك، كما أفتى به القاضي، أو برؤ ية الهلال، حُمِل على دخولِ الشهرِ برؤ يتها له، أو غيرِها، أو تمامِ العدد، فإن صرَّح بالمعاينة أو أرادها: حُمِل عليها إلى ثلاثٍ من الشهر، وينحلُّ فلا يقع بما بعده، وقولُهُ: أنتِ طالقٌ لا بالليل والنهار، أجاب أبو شكيل بأنه شيءٌ بينهما يُدْرَكُ عقلاً لا حسّاً يتحقَّق بأولِ كلٍّ منهما، فيقعُ بالذي يَلي التعليقَ؛ والتعليقُ بتكليم زيد يقعُ بتكليمه حيثُ يمكنُ سماعُه لا بحملِ الرِّيح له، وإن لم يَسْمَعْ لذهولٍ أو عارضٍ لا لصممٍ[1] على اضطرابٍ فيه للأئمة، قال زكريا: والأوجهُ حملُ وقوعِ الطلاق على من يسمعُ مع رَفْعه، وعدمِهِ على غيره.

ولو قال لها: شِئِي[2] الطلاقَ، أو أَرِيديه، أو أَحِبِّيه، فقالت: شِئْتُهُ، أو أردتُهُ، أو أحببتُه: طلُقت عند البغوي، ومَنَعه البُوْشَنْجِيُّ، قال في

(١) في حاشية الأصل: «في نسخة: كالصمم».

(٢) فعل أمْر من: شاءت، تشاء، ورسمت في الأصل: شائي، ومثله في «الروضة» ٨: ١٦٠.

«الروضة»: وهو أقوى، ولو قال: ارْضَيْه، أو اهْوَيْه، أو اختاريه، فقالت: رضيتُهُ، وَهَويتُهُ، واخترتُهُ: طلُقت باتفاقهما وقُرِّرا، ومثلُه كل ما في معناه، ولو قال: إن أردتِ كذا، فقالت: أحببتُهُ: لم يقعْ، لأن كلاً منهما غيرُ الآخر، ولذا يقال: أحبَّ ولَدَه ولا يقال: شاءَه، أو: أراد الدخولَ ولم يحبَّه، ولو قالت: شئتُهُ: فبحث البُوْشَنْجيُّ أنه لا يقع، وسكت عليه في «الروضة»، وفي «الأنوار»: ينبغي أن يقعَ، ومثلُهُ عكسُهُ، أي: لأن اللفظين بمعنى، وسبق نحوُه في الخُلْع في مسألة: قالت: بذلتُ[1]، ولو قال: أنتِ طالق إلا أن يشاء زيدٌ، فمات ولم يشأْ، طلُقت آخرُ ما تُمكِنُ فيه مشيئتُهُ، كما سبق، وإن شكَّ لم تطلُق، إذ لا يُرفعُ النكاحُ بالشك، وصحَّحا في الأيمان لزوم الكفارة، والفرقُ وجوبُهما باليمين، ولا يرتفعُ بالشك.

ومن قال: يَلزمُني الطلاق وله زوجاتٌ: عيِّن له منْ شاءَ منهن، أو: كلُّهن إن شاءه، أو لا، وقولُه: أنتِ طالق مع موتي أو عنده؛ لغوٌ، وكذا مع انقضاء عِدَّتِكِ، ويومُ قدوم زيد، فقدمَ ليلاً، أو: وقت كذا فقارن موتَه، وإذا بلغَ ابني الخِتان: قال البُوْشَنْجي: بالحدِّ الذي يَحْتَمله، وقال العبَّادي: وقتُهُ عندنا سابعُ ولادته، والنكاحُ العقدُ إلا أن يريدَ الوطءَ؛ ومن علَّق بالاغتسال وقع به وإن لم يَجِبْ، فإن نَوَى شيئاً دُيِّن ولا يُقبل ظاهراً، وغَسْلُ الثوب يُحْمل على غَسْله من وسخ، ولو قال: إن ألقيتِ ما في رَحِمِكِ، فألقتْه متخلِّقاً لم تطلُق، لأنه لا يكونُ فيه بعد الأربعين، إلا أن يريدَ أيَّ إسقاط، وإن رأيتِ الدمَ: يُحملُ على الحيض، ورأيتِ دماً: يُحملُ عليه، وعلى النفاس، والاستحاضة، قال القَمُوليّ: ولا تطلُق في الغُسْل عن الحيض لو علَّق به على القطع، إلا بمضيٍّ خمسةَ عشَرَ،

---

(١) رقم المسألة: ١٠٠٦.

أقول: والظاهرُ فيمن تعتادُ دونَها بلا اضطرابٍ الأخذُ بما تعتادُ إلا أن يتبيَّن خلافه.

ولو استثنى من عددِ الزوجاتِ بعضَهن، كقوله: أربعُكُنَّ طوالقُ إلا فلانة، قال القاضي: لا يصحُّ الاستثناء فيطلُقْنَ، وأقرَّه في «الروضة»، وقال الماوردي: يصحُّ، وإليه مال الإسنوي، وهو نظير الإقرار، وقد صرَّحوا بصحته منه، فإن قال: أربعُكُنَّ إلا فلانة طوالق: صحَّ الاستثناء؛ وتطلُق في قوله: إن كلمتِ رجلاً، بتكليم المحارم، نقله القاضي عن الأصحاب، وقيَّده المتولِّي بقصْده مجرَّدَ الصفةِ لا بقصْد المنع من الأجانب، والظاهر أنه لو أراده قُبِل، وأنها تطلُق مع الإطلاق، وفي «الأنوار»: لا، ولو قال: لأَضْرِبَنَّكِ حتى تموتي، ولم يقصدْ شيئاً، حمل على الضرب المُؤْلِمِ، قاله الرُّوْياني، ولو خرجتْ فقال: إن ردَّها أحد فهي طالق، فرجعتْ على دابةٍ أَخَذَتْها: لم تطلُق وإن صحبَها الجمَّال، قاله القفال، ويُحملُ على ردِّها تلك المرةَ، حتى لو خرجتْ أُخرى فَرُدَّتْ: لم تطلُق؛ وحَلِفُه بدخوله على زوجته: يُحملُ على وطئها، وبتَخْليتها للخروج وغيرِهِ: على تمكينه منه، فلا يقعُ به من غير علمِهِ، قاله الطنبداوي.

ولو قال: إن لم تَتَغَدَّيْ معي ـ وأطلقَ ـ: انحلَّ بأيِّ غَداء إلى اليأس إلا أن ينويَ الحاضر، وفي: إنْ قصدتُكِ للجماع أو به: لو أتَتْه فجامَعَ لم تطلُق، قاله الحناطي، بخلافِ: إنْ قصدتُ جماعَك، ولو قال شافعيٌّ: إن لم يكنِ الشافعيُّ أفضلَ من أبي حنيفة فامرأتي طالقٌ، وقال حنفيٌّ: إن لم يكن أبو حنيفة أفضلَ: لم يُحكمْ بطلاقٍ على أحدهما، وعن القفَّال: لا يُفْتَى في ذلك، وفي قوله: إن لم أَحُطَّ جميعَ ما في الدنيا في حِجْرك، قال القاضي: طريقُه وَضْعُهُ المصحفَ فيه، وتوقَّف فيه الرافعي،

والتعليقُ بالجوع لا يتناولُ ما بالصوم إلا بنيةٍ، وخيانةُ الوديعةِ ليست سرقةً، ولا عكسه، وفي «فتاوى» النووي: من حلَف بالطلاق أن غلامَه يَعرفُ أين يسكنُ إبليس، إن قَصَدَ قوةَ فِطْنته لم تطلُق؛ وفي «أدب القضاء» وغيرِه لو قال: لا أدخلُ الرَّيَّ، حُمِل على البلد والرَّبَض[1]، أو لا يَخرجُ من الدار، فخرجَ إلى بستانٍ يعدُّ من مرافقها وبابُه إليها: لم يحنثْ، وعن البيضاوي في الأولى: البلدُ يُحملُ على عِمرانِ البلدِ لا ما وراءَه، قال بعضهم: وهو أقربُ.

ومن قال: لأشترينَّ هذا، أو: لا أشتريه، حُمِل على كلِّه، فلو نَقَصَ منه سهمٌ لم يكنْ له حكمُه، بخلاف الظَّرْف، ولو علَّق بكونه في الدار، أو بكونه فيه غداً، فكان في بعضه، أو في جزءٍ من الغدِ: يقعُ. ذَكَرَ الثانيةَ في «الروضة»، ولا شكَّ في الأولى، وفي «فتاوى» القفَّال: إن مكثتُ فيها ذا الليلة: يقعُ بمُكْثِه جزءاً منها وإن سبَقَه الخروجُ منها، ومن علَّقه بشراء عبدٍ، فاشترى بعضَه ثم باقيَه ثانياً: فحِنْثُهُ كما في اليمين، ويأتي في بابها، وأفتى النوويُّ فيمن طلَّق زوجتَه إن خرجتْ مع أمِّه فخرج كلٌّ منهما وحدها، ثم اجتمعتا من خارج: إن قَصَدَ منعَها من الاجتماع بها هناك: طلُقت، وإلا فلا، وأفتى السُّبْكي فيمن حَلَفَ أن يعطيَ زيداً كلَّ يوم كذا، فلم يُعْطِهِ يوماً: حَنِث وانحلَّ، فلا يقعُ بعده بتركه حِنْثٌ، وأفتى أبو شكيل فيمن قال: إن كلمتُ زيداً اليومَ وَعَمْراً شمولَ اليوم لهما، وفي «تدريب» البُلْقيني: من قال: أنتِ طالق إلا اليومَ، لا تطلُق إلا بمُضيِّه، وقياسُه: الشهر، أو الشهر الآتي، فلو قال: إلا أيامَ حياتي لم تطلُق، نُصَّ عليه، قال: ومثلُ «أيامَ حياتي»: «إلا في دار الدنيا»، ولو قال: إلا في هذا المكان فكما لو قال: إلا أن تدخُليه،

(١) رَبَضُ المدينة: ما حولها.

إلا أن يريدَ التَّنْجيز. انتهى. فعليه: إن لم يُرِدْه: لم تطلُق إلا باليأس من دخوله، كما في نظيرها.

ولو قيل له: ألكَ زوجةٌ؟ فقال: لا، لم يكنْ طلاقاً وإن نوى، لأنه كذبٌ محضٌ، نُقِل عن نص «الإمـلاء» وقطع بـه كثير، وبحث في «الروضة» تفقُّهاً ما يُؤْخذ منه أنه كنايةٌ، وصحَّحه في تصحيح «التنبيه»، وبه أَخَذَ غيرُ واحد، فلها عليه تحليفُهُ إن لم يُرِدِ الطلاق، وإن قيل له: أطلقتَ؟ فقال: كان بعضُ ذلك، ولم يَنْوِ: لم يكنْ شيء، وإن كان السؤالُ عن ثلاث، كما صوَّبه النـووي، قال الفقيـه حسينُ الأهدل اليمني: ولو حَلَف لَيَحُجَّنَّ مع فلان هذه السنةَ فحجَّها وحدَه: بَرَّ، وإن تَرَكَهَ مع تمكُّنه: حنث، لأن حَلِفه ليس على فعل غيره، كما لو حَلَفَ أن يحجَّ مع القافلة، أو أهلِ قريته، فحجَّ مع غيرهم. انتهى. قال زكريا: فلو حَلَفَ لا يسافرُ إلى الحجاز، حنث بأولِ مسيرِهِ إليه، فإن لم يَصِلْه تبيَّن عدمُ حنثه، كما يحنثُ في تعليقه بالحيض برؤيةِ الدمِ، فإن نَقَصَ عن قَدْره فلا، ومن حلف لا يسافرُ معه أخوه، وكان دأبُهُ السفرَ معه، فسافر الحالفُ مرةً وحدَه، ثم سافر أخرى وهو معه: طلُقت، كما أفتى به شيخنا عبدالله با فضل وابنه أحمد، وهـو مأخـوذٌ مما مـرَّ في مسألـة الانحلال، وقولُه: أنتِ طالقٌ في الدار، تعليقٌ بكونها فيه، وكذا قياسُ قوله: في مكة، أو في الظلِّ، أو الشمسِ، قال زكريا: وهو الأوجهُ، لكن نَقَل عن النصِّ فيما لا يُنتظَرُ مجيئُه: الوقوعَ في الحال أي: وإن لم يقصِدِ التعليقَ، بخلاف ما يُنْتظر كالشتاء، وقولُهُ: هذه التي تدخُل الدار؛ ليس تعليقاً به، بخلاف: المرأةُ التي تدخُل: فهو تعليق.

ومن علَّق بفعلِ معصيةٍ لم يحنثْ بتركِ الطاعة، وقياسُ عكسِهِ مثلُهُ، لكن قال زكريا فيه: إن الزنا ـ مثلاً ـ لا يكونُ إلا بالتمكين والسكوت،

وفي «المجموع»: أن الصائمَ إذا طُعِن بغير إِذْنِهِ وهو ساكتٌ ـ مع قدرته على الدفع ـ يُفْطِر[1]، فجعلَ سكوتَه كفعلِهِ، أي: فحيثُ أقامَ الشرعُ السكوتَ كالفعل: صار مثلَه في التعليق، وإن علَّق بابتلاعِ شيءٍ: حنث بالرِّيق إلا أن يريدَ غيرَه، أو بعصيانها له: حنثَ به فعلاً، لا بقولها: لا أطيعُك، وفعلُ الحرام يَعُمُّ كلَّ محرَّم، وإن ترتبَ على ذكرِ نوعٍ منه: فإن نَواه فيُشْبِه قياسُه على من قيل له: كلِّم زيداً اليوم، فحلف لا أكلِّمه ولم يخصِّص، فَيُدَيَّن ويُقْبل ظاهراً إن سبق له ذكر، ويحنثُ في النار: بنار السِّراج، ومن حَلَفَ: لأرسمن عليكِ في كذا اليوم، تُعَلَّق شكواه إلى مَنْ له وِلايةٌ وإن تأخَّر إسعافُهُ بعونٍ يبعثُهُ له، عند المُزَجَّد، ويبعثُهُ عند ابن الزَّين، فيحنثُ بتأخيره عن اليوم.

ومن قال: «إن خرجتِ مكشوفةً لِيبصرَكِ الأجانب، فخرجتْ مكشوفةً: طلُقت وإن لم يُبْصروها، بخلاف: وأَبْصَروكِ، وقولُه: أنتِ طالق لولا أبوكِ: لَغْو، فإن زاد: لطلَّقتُك وتعارفوا اليمين بأنتِ طالقٌ: لم تطلُق، ويقعُ لفظُهُ لغواً، وإلا طلُقتْ به، ولو قال: إن أكلتِ، إن شربتِ، إن دخلتِ، إن ضربتِ زيداً: اشتُرِطَتْ للوقوعِ مع تقديمِ الأخير على ما قبلَه في الكلِّ، وإن قال: إن كانتْ أَمَتي في الدار فهي حرَّة، وإن كانت أَمَتي في صَحْنها فأنتِ طالق، وهي فيهما: عتقتْ ولم تطلُق، لأنها لما عتقتْ بأول التعليقَيْنِ لم تكنْ أَمَتَهُ في الثاني، قاله أبو حميش، ولو قال: طلِّقي نفسَك، فقالت: والله لأقولنَّ: إني طالقٌ، أو قيل له: كيف تقولُ إذا أردتَ تطليقَها؟ فقال: أقولُ: هي طالقٌ، لم يقعْ فيهما إلا أن يقصدَ الإنشاء.

---

(١) هكذا في الأصل، وصواب النقل عن «المجموع» ٦: ٣٢٥: «لا يفطر» وفي غير المجموع ينظر وهو المعتمد.

وَذَكَرَ في «الأنوار» أن من قال: نسائي طوالقٌ، وأراد قَرَائِبَه دون أزواجِهِ لم يَطْلُقن، وكذا لو قال: جواريَّ حرائرُ، وأراد السُّفُن، لم يُعْتَقْن، وكذا لو حَلَفَ بالكتابة، وأراد كتابةَ العبدِ، أو قال: ما عرفتُهُ، أي: جَعَلْتُهُ عريفاً، ولا أَعْلَمْتُهُ أي: شققتُ أنفَه[1]، ولا سألتُهُ حاجةً أي: شجرةً صغيرةً[2]، ولا أكلتُ له دَجاجةً أي: كُبَّةَ الغزْل، ولا فَرُّوجَهُ[3] أي: الدُّرَّاعة، ولا شربت له ماء أي: مَنيَّه، ولا لي فَرْشٌ أي: الإبل الصغير، ولا حصيرٌ أي: الحَبْس، أو المِلْك، ولا باريَّة أي: مُـدْية: لا يقع بذلك شيء أي: لأنها حقائق فيما ذُكَرَ، والظاهر: أنه يُريد قبولَها باطناً لا ظاهراً، لعدم شُهرته فيما ذُكر إلا أن تكونَ قرينةٌ تُعتمد.

## ١٠٤٩ ـ مسألة

سَبَقَ في كثير من المسائل: أنه إذا ادَّعى خلافَ ظاهِرِ كلامه لا يُقْبل مطلقاً، وفي كثيرٍ: أنه يُقْبل ظاهراً، وفي بعضها: لا يُقْبل ظاهراً ويُدَيَّن، وضابطُها: أن دعواه ما يَرفَعُ الطلاق كقـوله: أردتُ «إن شـاء الله»: لا يُقْبل، وأفتى المُزَجَّد بأنه إن نَوَاه عند اللفظ: لا تَطْلُق، أي: فله العملُ به وإن لم يُقْبَل، وكذا لا يُقْبَل إن ادَّعى إرادةَ استثناءٍ من عددٍ نَصٍّ، كقوله: أربعُكُنَّ طوالُق، وقال: أردتُ إلا واحدةً، فإن عمَّ بغير عددٍ: كنسائي طوالق وقال: أردتُ إلا فلانةً، أو أراد: طالقاً من وَثاق، أو: إن دخلتِ الدار، أو قال: إن كلمتِ زيداً وأراد في شهر: دُيِّنَ،

---

(١) العَلَم: شَقٌّ في الشَّفَة العُلْيا أو في إحدى جوانبها. كما في «القاموس».

(٢) ينظر هذا المعنى في كتب اللغة؟ والذي في «القاموس»: الحاجُ: شَوك.

(٣) في «القاموس»: فَرُّوج: قَبَاءٌ شُقَّ من خلفه. والدارعـة: ثوب من صوف، ثم استعمل عاماً في أي ثوب.

ولا يُقْبل ظاهراً إلا بقرينةٍ كحلِّها من وَثاق وقال: أنتِ طالقٌ منه، وكذا في الظاهر من أمرِها بالتبكير لحاجةٍ وقال: اسرَحي. أي: لها، أو: خرجَ منها لسفرٍ وقال: الآن فارقتُك، وأراد: به، وكذا إرادةُ طلاقِ غيرِ من خاصَمَتْه في ضرَّتها فقال: كلُّ امرأةٍ لي طالق وأراد ذلك، كما سبق.

ومعنى التَّدْيِيْن: أن يُوْكَلَ فيما بينه وبين الله إلى دِينِهِ، فله طلبُها إن صدَّق ونُفْتِيه في ذلك، ونقول لها: عليكِ الهربُ منه إلا أن تُصدِّقيه فهو حلالٌ لكِ بينك وبين الله تعالى أيضاً، فإن رآهما القاضي ففي تفريقه بينهما وجهان، صَحَّح في «المعين» أنه يُفرِّق، قال أبو شكيل: كما يمنعُه من مالِ غيرِهِ وإن زَعَم أن له دَيْناً عليه من غير حجَّة شرعية وإن أفتاه بجوازِ أَخْذِهِ ظَفَراً، وكذا الأقوى في «الكفاية» منعُهما، وقرَّره زكريا.

## ١٠٥٠ ـ مسألة

حيثُ قال: أنتِ طالق ـ وزوجتُه حاضرةٌ ـ وظاهرُهُ خطابُها، وأشار إلى إصْبَعه أو شيءٍ بيده كسِكِّين، أو نحو شجرةٍ، أو حصاةٍ، فأفتى الفقيه إسماعيل الحضرمي بقبول قوله: أردتُ ما أشرتُ إليه إذا صادقتْه على الإشارة، أو قامت بها بيِّنة، وبمثله أجاب القاضي إبراهيم بن ظَهِيرة، وكذا الفقيه محمد بن أحمد با فَضْل فيمن ضَرَبَ بيده على الأخرى، والرَّيْميُّ فيمن رَمَى حصاةً حالَ لفظه ونوياهما، وكذا أحمد بن أبي الحسن الخَلِّي فيمن ادَّعى ذلك على القُرْب، وأقرَّه صاحب «النفائس»، وفي «جواهر» القَموليِّ و«تفقيه» الرَّيْمي: يقعُ ظاهراً ولا تُقْبل دعواه، وفي قبوله باطناً وجهان، وأقرَّه المُزَجَّد في «الفتاوى» واتفقوا على أنه لا يُقْبل بدون إشارة، وأنها تُصَدَّق على عدمها إن لم تكنْ بينةٌ، وقال أبو مخرمة: الذي ينبغي ترجيحُهُ وبه أُفْتي: أنه لا تُقْبل دعواه وإن أشار

لما ذكر، وأن من قال لزوجتِهِ ودابَّةٍ: إحداكُما طالقٌ: وقع على الزوجة، ولا تُقْبل دعواه إرادتَه الدابَّةَ إذْ لا تَصلُحُ محلاً للطلاق، بخلافها مع امرأةٍ أجنبية، كما سبق، قال: ومحلُّ تصديقه إنْ قِيل به: إذا لم يَسْبِق من الزوجة سؤالُ الطلاق، فإن سَبَقَ لم يقبلْ جزماً، نقله الرافعي عن «التهذيب» وأقرُّه، وجزم به غيره.

## ١٠٥١ ـ مسألـة

من طلَّق إحدى زوجتَيْه وَنَوَى معيَّنةً: وَقَعَ عليها، وعليه بيانُها، ونفقتُهما قبلُ، ويُحْبَس إنِ امتنع، فإن مات عيَّنها وارثُه، وإن أضَرَّ بها بما ينفعه، كأنْ تكونَ إحداهما كتابيةً لا تَرِثُهُ، فعَيْنُ المسألةِ له، وهو بائنٌ، فلا تَرثاه، وإن لم ينوِ تخيَّر إيقاعَه بمن شاء لا وارثُهُ إن مات، ويُوقَفُ الميراثُ بينهما، ولو علَّقه في الأخيرة بشيءٍ وأرادَ تعيينَ إحداهما قبلَ وجودِهِ: جاز، وله أن يخالعَها قبلَه ليقطعَ حكمَ التعليق، كذا أفتى به أبو شُكَيل وغيرُه، ومثلُ ذلك من قال: عليَّ الطلاق ـ ونحوَه ـ وأوقعْناه، وله زوجات، فلو قال: الثلاث فلْيُعَيِّنها في واحدة، لأنها ظاهره ولا يوزِّعها بينهن، وبه أفتى زكريا، قال: ولم يطَّلعْ عليه السُّبْكي فتفقَّـه جوازُ التوزيع.

## ١٠٥٢ ـ مسألـة

من اعترفَ أنه طلَّق، ثم أنكَر، فإن لم يذكُر عذراً: لم يُقْبل، وإن صادَقَتْه منعا من الاجتماع، وإن ذكَر عذراً كأنْ قال: ظننْت وكيلي طلَّقها فتبيَّنتُ عدمَه، أو ظننتُ ما صَدَرَ مني طلاقاً، فأفتاني الفقيه أنه لا يقع به، ووافقتُهُ على ذلك، أو قامتْ به بيِّنة، قُبِل قوله، وكذا لو أقرَّ بالثلاث

فقال: لم يكنْ إلا واحدة فإن ذَكَرَ عذراً كقوله: خالعتُها مطلقاً فظننْتُه يكون ثلاثاً، ووكَّلْتُهُ فيه أو فوَّضْته إليه مطلقاً، فطلَّقها ثلاثاً، فظننت وقوعَها حتى نُبِّهتُ على أنه لا يكون إلا واحدةً قُبِلَ، وإلا ـ فلا، كذا أفتى بذلك أبو مَخْرمة، وشيخنا عبد الله بافضل، وهو مأخوذٌ من كتاب الكتابةِ من «الروضةِ» وسبق في قريبٍ من ذلك كلامٌ في نِكاح التَّحليل.

ولو اتفق بعد الثلاث على أن النكاح قبلَها فاسدٌ وجدَّد النكاحَ من غير رَفع إلى حاكمٍ؛ فَنَقَلَ الأزرقُ في «النفائس» عن «الكافي». أنَّا لا نَتَعَرَّضُ لهما، وأطلقَ غيرُهُ النقل عنه أنه لا تُسمع دعواه وبيِّنَتُهُ، وهو ما في «فتاوى» القاضي، وفي «تعليق» البغوي: لا تُسمعُ إلا ببيِّنة لأنه حقٌّ لله تعالى، قال في «الأنوار»: وحاصلُ كلامِهما أنها تسمع إن شَهِدَتْ حِسْبةً، وجَزَم به في النكاح من «أدب القضاء»، قال: ويتجهُ سماعُها من المرأة، وقال الزَّبيليُّ[1]: لا تُسمع بينةُ مَن قد أقرَّ بالنكاح وتُسمع من غيره إن بيَّنَتِ السبب، كما عُرف في مثل ذلك ممن ادَّعى غيرَ ما هو مقرٌّ به أو جَرَى منه عقدٌ به، وهو ظاهرُ إطلاقِ الأولين، وظاهرُ كلامِ المتأخِّرين اعتمادُ عدمِ السماع، ورجَّحه أبو مخرمة، قال: وفي سماع شهادةِ الحِسبةِ هنا: نَظَرٌ، إذا مَنَعْناها إلا عند الضرورة إليها، فلا ضرورةَ هنا إليها، أي: فإن قَبِلْناها مطلقاً سُمِعت، وسيأتي إن شاء الله بما فيه في الشهادات، وقال زكريا: الأوجهُ عدمُ سماعِها منهما إن أرادا التحليل، وسماعُها إن لم يُرِيداهُ، ولم يُسْبَق إقرارُهما بصحته. انتهى، ولا أدري ما فائدةُ سماعِها في الشقِّ الأخير، وبحثَ الأذرعيُّ مثلَ ما نَقَلَ في «النفائس» أولاً أنا لا نتعرَّضُ لهما إنْ جَدَّداه.

---

(١) ينظر، فلعله: الدَّيْبُلي؟

# بـاب الرَّجْعَـــة

لا تَسْقُطُ بإسقاطها، وتصحُّ من مُحْرِمٍ، وسفيه، وعبدٍ بلا إذْن، ولا تصحُّ في رِدَّةِ أحدِ الزوجين، ولا في مطلَّقة مبهَمة لم تعيَّن، فإن تعيَّنتْ ونُسِيت فقال: راجعتُ المطلَّقة منهما فـوجهان في «جـواهر» القَمُولي، وألْحَقَها المُزَجَّد بالمبهَمة، وتصحُّ في موطوءَةِ دُبُرٍ، كما مرَّ، وفي أَمَةٍ مع حرَّة نكحَها بعدها، وصحَّح الشيخانِ في محرَّمات النكاح عدمَ ثبوتها فيمن اعتدَّتْ باستدخالِ ماءِ الزوج، وجَزَما في كلامهما على التحليلِ وفسخِ العُنَّة بثبوتها به، واقتصر عليه في «الشرح الصغير»، قال الإسنوي: وهو الأصحُّ، وَجَزَم به في «العُبَاب»، واعتبر الماوَرْديُّ كونَها زوجةً عند الإنزال والاستدخال ليكونَ محترماً.

ولو قال: راجعتُكِ للمحبَّة ونحوها وقال: لم أُرِدْ رَجْعَةَ النكاح: لم تَقَعْ، فإنْ أطلَقَ أو تعذَّر سؤالُه ثبتتْ، لأنه صريح، ولا تصحُّ معلَّقةً: كإنْ شئتِ، فلو فَتَحَ الهمزَةَ أو قـال: إذا شئتِ: صحَّ، وقـولُه: تـزوَّجتُك أو نكحتُك، كنايةٌ، فتصحُّ مع النية، فلو وقعتْ كذلك بعقدِ نكاحٍ فكذلك وأَوْلَى، وصحَّحها الرُّوْيانيُّ هنا بلا نية، قال أبو مَخْرَمة: وإذا نَوَى بقَلْبه عودَها زوجةً له: كَفَى فيها، وتقعُ بـ: اخترتُ رجعتَكِ، وبالعجميَّة على الأصح، وحيثُ أتى بصريح الطلاق وادَّعى عدمَه بما يُدَيَّن فيه وراجعَها: لم يرتفعْ حكمُه في عَدَدِه، في الظاهر، قاله ابن عبد السلام، وتصحُّ مع

الشك في طلاقٍ قبلَ تبيُّن صحتِهِ ثم بانتْ، كَهُوَ في معلَّقٍ تبيَّن وقوعُ ما عُلِّق به قبلَها، على الأرجح، وكذا في عِدَّة غيرٍ قدِّمتْ على الزوج[1] كأنْ وُطِئتْ بشبهةٍ فَحَمَلَتْ على الأصح، ومع الشك في انقضاء العِدَّة، وإن قالت قبلُ: قدِ انقضتْ ثم رَجَعَتْ.

## ١٠٥٣ ـ مسألة

قولُ المرأةِ معتَبر في انقضاء عدَّتها بالأقراء إن لم تُقِرَّ قبلُ بعدمه، وكذا بالوِلادة حيثُ أمكن على الأصح، فلو قال الزوج: أخبرتْني بانقضائها، وكذَّبتْه: فنقل الرُّوْياني أن له نكاحَ أختِها وعليه نفقتُها، نعم لا تُصدَّق معتدةٌ ماتَ زوجُها فقالت: انقضتْ في حياته، بل تعتدُّها، لكن لا تَرِثُهُ لإقرارها، وقيَّده القفَّال بالرجْعية، فيُقْبل عليه في البائن، فيما يظهر، قاله الأذرعي، وإذا ماتتْ قام وارثُها مَقامها، فلو قال: انقضتْ، وأنكر المطلِّق لِيَرِثَهَا: فظاهرُ قولهم: من ماتَ قامَ ورثُته مَقامه في كلِّ شيءٍ إلا النكاحَ وحقوقَ العِرْض: كالحَسَد، والغِيبة ـ تصديقُهم، وهو ما نُقِل عن «تدريب» البُلْقيني، قال الفقيه عبد الرحمٰن بن مزروعٍ: وهو الظاهرُ، لأنهم خلفاؤُها، وَذَكَر في موضعٍ آخَرَ من «فتاويه» ما يغلِّبُ تصديقَهُ، وعن أبي زرعة ما يحتمِلُه، وبه أفتى الفقيه عثمان العَمودي الحضرمي، ومن أقرَّ بطلاقٍ مُطْلَق: حُمِلَ على الرجعي إن كانتْ مدخولاً بها ولم يُتمَّ الثلاث، وكذا القولُ قولُها بعد مدةِ العِدَّة في نفي الرجْعة، وفيما قبلَ انقضائها قولُهُ، وحيثُ كانت أَمَةً فهل القولُ قولُها أو قولُ سيِّدِها؟ وجهان، الأقوى في «الروضة» الثاني، وغلَّطه الأذرعيُّ وغيره، ورجَّح الإسنويُّ وغيره الأوَلَ، وهو نصُّ «الأمِّ» والبُوَيطي وغيره.

---

(١) يريد ـ والله أعلم ـ: على عدَّة الزوج.

# بـاب الإيلاء

لا يَصحُّ من مجبوبٍ، ولا يبطُل بحدوث الجَبِّ؛ ويصحُّ من عِنِّين، وعن متحيِّرة، ومُحْرِمة لإمكان الشفاءِ والتحلُّلِ بالحَصْر، ومُظَاهَرٍ منها، لارْتِقاءَ، وَقَرْنَاءَ، وصغيرةٍ إلا[1] مدَّة يمكنُ فيها وطؤُها، وكذا مضيُّ مدَّةِ التَّرَبُّصِ بعده، كما أفاده المُزَجَّد، ويـأثَمُ العالِمُ، وينحـلُّ ببَيْنُونتهـا ولو بفَسْخٍ ، ولا تعودُ بنكاحها بعدُ، بخلاف من طلَّق ـ ولو بالطلبِ. ثم راجَعَ ـ فتعودُ، وإذا قال: إن وطئتُكِ فأنتِ طالق: فإيلاءٌ، فإن وَطِىءَ لم يأْثم، ويَنزِعُ بتغييبِ الحَشَفة أو يُراجِعُ إن كان رجعياً، كما في «الأنوار» وإلا أَثِم، فإن كان بائناً وعَلِم الحرمةَ: حُدَّ إن ردَّه بعد النَّزْع، وإلا فلا، وتعليقُهُ بمشيئتها يقتضي الفورَ، كالطلاق، ولو حَلَفَ لا يَطَؤُها إلا أن تشاءَ: فَمُوْلٍ ، إلا أنها إذا شاءتْ فوراً: انحلَّ، لا إن تراختْ أو لم تَشَأْ، فلو قال: حتى تَشَائي: فلا إيلاء.

وقوله: لا أطؤُك إلا في الحيضِ أو نهارَ رَمضان ونحوه: إيلاءٌ، فإن فعل فيه ضُربتْ بعده مدةٌ لِيَفِيءَ في الحِلِّ، نعم لو وطىءَ مَنْ آلَى مطلَقاً في ذلك حَصَلَتْ الفيئةُ، وحصولُها يكون بافْتِضاضِ البِكْرِ، وبتَغْييب

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: إلى» ولعل ذلك هو الأصل.

الحشَفةِ في قُبُلِ غيرِها[1] ولو ناسياً أو بِفِعْلها وإن كانت يمينُهُ لا تَنْحلُّ بهما، ولو آلَى من بعضِها: فإن شَمِلَ الفرجَ: كنصفها الأسفل، أو صَلُح له: كبعضها ـ وَنَوَاه ـ: فإيلاءٌ، وإلا فلا، وإذا طُولِبَ بالفيئة بعد مدَّة بأن يطأَ أو يطلِّقَ فامتنع: طلَّقها القاضي عنه، ولا يكفي مع غَيبته إلا أن يمتنعَ من الحضور بعد الطلب، كعضل الوليِّ عن تزويجها، وتحصُلُ الفَيئةُ بوَطْئه مرةً، ولا تتعدَّد الكفارةُ بحنثه وإن تعدَّد، وجزم به في «الأَسْنى» بأنه لو أطلقَ في إيلائه الوطءَ ولم ينوِ وَطْءَ القُبُل فوطىءَ في الدُّبُر: حَصَلت.

## ١٠٥٤ ـ مسألة

لو قال مُوْلٍ من زوجتِهِ لأخرى: أَشْرَكْتُكِ معها، ونوى كونَ حنثِ الأولى حنثاً للأخرى، أو: إن وطىءَ الثانيةَ ـ مثلاً ـ لو علَّق إيلاءَ الأُولى بوطئها يكون وحدَه أو مع وطءِ الأُولى إيلاءً لها: كان كذلك، وكذا في الطلاق، أما لو نَوَى انعطافَ شيءٍ من الثاني على الأُولى بأن يتعلَّق طلاقُها أو إيلاؤُها بما ذَكَر للثانية: فلا يُؤثِّر، وكذا لا يؤثِّر الإِشراكُ في اليمين بالله، ومثلُ إشراكِهِ إحدى زوجتَيْه مع الأخرى إشراكُها مع امرأةِ غيرِهِ ممن حَصَلَ لها ذلك، ولا يقعُ الإِشراكُ فيما سيكون.

---

(١) أي: غير البكر، وهي الثيِّب.

# بـاب الظِّهار

هو من الكبائر، وهو: تشبيهُ زوجتِهِ أو جزءٍ منها ـ ولو رأسَها ـ بظَهْر أُمِّه: كأنتِ عليَّ كظهرِها، وإن تُرَك: عليَّ، وكالظَّهْر: جُمْلتُها، وكلِّ جزءٍ منها كَبَدَنها، ونَفْسِها، وَيَدِها، إلا ما يُذْكَر للإكرام كأنتِ كأمِّي، أو عينُها، أو روحُها، وكذا كرأسِها على الأقرب في «الروضـة»، وَجَزَمَ بـه في «الإرشاد» خلافاً لجَمْع، وكلِّ مَحْرَم لم يَطْرَأْ تحريمُها عليه: كالأمِّ، ويصحُّ تعليقُهُ، فإن قال: إن لم تَفْعلي كذا، أو: لم أتزوَّجْ عليك: فأنتِ كظهرِ أمِّي: لم يَصِرْ مظاهِراً إلا باليأس منه بالموتِ أو نحوِه، فإن علَّق بإذا أو نحوِها في النفْي: وَقَعَ بإمكان فعلِ المنفيِّ إن لم يَفْعل كما مرَّ في الطلاق، ويجوز توقيتُهُ.

ثم من أطلقَ الظهارُ ولم يبادرْ عقبَه بفراقهـا بطلاقٍ ونحوِهِ: لزمتْه الكفارة، إلا في المعلَّق الذي يقعُ باليأس، إذْ لا يُمكنُ بعده الفراق، وإلا إنْ جُنَّ عَقِبَه: فلا كفارةَ إلا أن يَضيقَ ويمكنَه بعده، وإن أَقَّتَه ولم يطأْ في الوقت: لم يلزمْه شيء، فإن وطىءَ فيه: لزمتْه، قال البُلْقيني: وقياسُه يجيءُ فيما لو خصَّه بمكانٍ فلا عَوْدَ إلا بالوطء فيه، وتوقَّف فيه المُزَجَّد، ثم من لزمتْه: حَرُمَ عليه وطؤُها حتى يكفِّر وإن طلَّقها ثم جدَّدَ نكاحَها، وفي الاستمتاع بما بَيْن سُرَّتها وركبتها قولان، الأظهـرُ جوازُهُ وعليـه

الجمهور، ومنعَه في «الحاوي» و«الإرشاد» «كالشرح الصغير» تبعاً لترجيح الإمام، وصحَّحه زكريا في «شرح المنهج»، وتكريرُ لفظِ الظهار إن لم يُرِدْ به التوكيدَ موجِبٌ للكفارة، لإمكان الفراقِ في زمنِ اللفظ الثاني.

## ١٠٥٥ ـ مسألـة

تجبُ نيةُ الكفارة عند العِتق، إلا أن يعلِّقَه فمعَ التعليق، ويَكْفي في الإطعام: معه، وكذا قبلَه، وفي الصوم: مُبَيَّتَة[١]، كما مرَّ، وتكْفي نيةُ الكفارة وإن لم يعيِّن سببَها فإن كان عليه عَدَدٌ كانت عن واحدةٍ، ولا تكفي نيَّةُ العِتْق الواجبِ فقط، إذْ قد يكونُ نذراً، ويجوز أن يُعتِق المُوْسِرُ مرهوناً وشِرْكاً لِيَسْرِي، ولو قال لغيره: اعتِقْ عبدَك عني بكذا، أو لم يذكُر عِوضاً، فبادرَ بذلك: وقعَ كما ذَكَرَ، فإن قال: أو: عن كفَّارتي، أو: عني ـ ونوى المالك ـ وَقَعَ عنها، فإن أخَّر وَقع عن المالك، ولا شيءَ على الطالب، ولو قال: أعتقتُهُ عنك إذا جاء الغَدُ بألفٍ فقَبِل: وَقَع به، فلو قال الأجنبي: إذا جاء الغدُ فأَعْتقْه عني بألفٍ ففعل: فكذلك، فلو قال: أَعتِقْه عني غداً أو إذا جاء الغدُ بكذا، ففعل: فقياسُ الخُلعِ وجوبُ قيمتِهِ لا المسمَّى، لأنه جَعَلَ للعِتْق زمناً آتياً، وهو لا يناسبُ ألفاظَ المُعَاوَضات، بخلاف ما إذا علَّق بالغدِ، كما مرَّ ذلك في الخُلْع، ولو قال: أَعْتِقْ عني كفارتي عِتْقاً بكذا: انصرفَ لرقبةٍ مجزئةٍ تُساويه، كما أفتى به موسى بن الزين قال: كقوله: أدِّ عني دَيْني وأَعتقْ عبدَك عني، ويجوزُ أن يأذنَ الوليُّ لمالكٍ أن يُعتقَ عن صغيرٍ من لم تلزمْه نفقتُهُ، لأنه يربح الوَلاء بلا ضرورة.

---

(١) أي: ليلاً وقت تبييت النية.

## ١٠٥٦ ـ مسألة

إذا قَدَرَ المكفِّر هنا على العِتْق، أو في الأَيمان عليه، أو على الإطعام، أو الكسوةِ: لم ينتقلْ للصوم، وذلك لقُدْرته عليه أو على تحصيله بالثمن إن فَضَل عن كلِّ ما يحتاجُهُ له ولِمَمُوْنه[1] بحيثُ لو أَخْرجه احتاجَ. وجازَ له أخذ الزكاة، على ما مرَّ فيها، وَيَنْتظِر هنا مالَه الغائبَ، لا حصولَه من حِرْفة، وحيثُ أعطى مسكيناً بعضَ مُدٍّ ثم تَمَّمه: جاز وإلا لَغَا، وإذا قَدَر بعد شُروعه فيما يليه لم يلزمْه العودُ له لكنه أفضل، وإن تبيَّن كونُهُ قادراً أولاً بمالٍ جَهلَه: قال بعضهم: اعْتُدَّ بصومه، بخلاف نسيانه، قال في «العُبَاب»: وَيَحْتملُ المنعَ، وللسيدِ منعُ الرقيق من الصوم إن تضرَّر به ولم يَأْذن في حنثِ اليمين، ومثلُهُ التطوعُ به، فإن لم يتضرَّر فلا، والسفيهُ يكفِّر في اليمين بالصوم وإن أَيْسَرَ، وصوَّب البُلْقيني أنه في كفارةِ الظهارِ كغيره، فيُعْتِقُ عنه الوليُّ إن قَدَر، لأنه لا يتكرَّر ولا يُقْصد، لأنه منكَر، ولتضرُّره بطول مَنْعه من الوطءِ، كما هو ظاهر النصوص، وما حكاه الجوزيُّ عن الشافعيِّ أنه كاليمين فيكفي بالصوم: غريبٌ، فلعلَّه أو غيرَه وَجَدَ ذلك له في اليمين فألحقَ بها الظهارَ، وهو بعيدٌ من قواعده، وجَزَم الإسنوي بأنه كَهيَ، فيكفِّر بالصوم، ووجودُ بعضِ الرقبةِ عدمٌ، بخلاف بعضِ المُدِّ فيُخْرِجه، ولو أَعطَى من يظنُّه محتاجاً فبانَ غيرَه لم يَكْفِ.

(١) من يقوم بكفايته.

# بـاب اللِّعان
# وما يَلْحَقُ النَّسَب

من ألفاظ القَذْف للرجل: لُطْتَ، أو: لاطَ بكَ فلان، ويا مخنَّثُ، ولها: يا قَحْبَة، كما أفتى فيهما ابن عبد السلام، وصرَّحوا بالقَحْبَة في الطلاق، وقال ابن القطان: فيه كناية، ومن قَذَفَ لزمه أن يقِرَّ به ليُحَدَّ أو يُعْفى عنه كمن قَتَل خُفْيةً، والشَّتْم بغير الزنا يَقْتضي التعزيرَ لا الحدَّ، وللمسبوبِ فيه التقاضي بمثله ما لم يَكْذِب: كيا ظالمُ، ويا أحمقُ، إذْ قلَّ من يَنْفَكُّ عن ذلك، وَيَسقُطُ حقُّه، ويَبقَى على الأول إثمُ الابتداء، ولو تَقَاذَفَ اثنانِ لم يَتَقَاصَّا، ولكلٍّ طلبُ حقِّه، وقولُهُ: وَطِئَكِ اثنان معاً في قُبُلِكِ: كذبٌ لا قَذْفٌ، فيعزَّر به، ومن قال لولده ظاهراً: لستَ ابني، وقال: أردتُ أنه لزوجٍ قَبْلي: فلا قذفَ، وإن لم يعرفْ ذلك، أو: لشُبْهة: فكذلك، ويلحقُه إلا أن يَعترفَ به الأولُ، على تفصيلٍ ذَكَروه، ولأُمِّه تحليفُهُ أنه لم يُرِدْ قذفَها، فإن قال: إنها لم تَلِدْه بل التَقَطَتْه أو نحوه، ولا بيِّنَةَ بِولادتها: عُرِضَ معها على القائف: فإنْ ألحقَه بها لحقَه ولا ينتفي عنه إلا باللِّعان، فإن لم يكنْ أو تحيَّرَ حُلِّف أنه لا يعلمُ ولادتَها به وانتفى عنه، فإن نَكَلَ حلَّفتْ ولَحِقَه، فإن نَكَلَتْ وبلغَ الصبيُّ: ففي وجهٍ أنه يُحلَّفُ ويَلْحقُهُ، وقضيةُ كلامِ الرافعي كما ذكره زكريا: ترجيحُ أنه ينتفي بنكولها ولا يحلَّف، وبه جزم في «العُبَاب»، ومقتضى كلامهم

أن للولد إنشاءَ دعوى نَسبه إليه، وإن أنكر مضيَّ مدةِ إمكانِهِ حلَّف إلا أن يثبُتَ ببينةٍ ولو أربعَ نِسْوةٍ، صرَّح به في «الروضة» وغيرها أولَ اللعان فيمن تزوجتْ باثنين وأتتْ بولدٍ في فراشِ الثاني فَنَفاه، وذكر بعضُ الفقهاء أنه لم يَرَها منصوصةً ولم يطَّلعْ على ذلك فمالَ إلى خلافه وهو خطأٌ فتجنَّبْه؛ فلو ادَّعتْ وَطْأَه بنكاحٍ يمكنُ منه، فأنكَرَه ولا بينةَ، حلِّف، فإن أقامتْها لحقَه، وإن نَكَل حلِّفت، فإن نكلتْ حلِّف الولدُ إذا بلغ، والفرقُ بينها وبين التي قبلها: اعترافُهُ هنا بولادتها ووارثه معها، كَهُوَ في كلِّ ذلك، إلا أنه في النفي يحلِّف بنفي علمه.

وحَدُّ قذفِ العبدِ التعزيرُ، وهو له ولو على سيِّده، فإن ماتَ فلسيِّده، ومن مات فهو لورثته بقَدْر إرثهم، فإن عفا بعضُهم فلمنْ بقيَ استيفاءُ كلِّه، وكذا إن مات، قال الماوردي: أو غابَ، أو سكتَ، أو لم يكنْ مكلَّفاً، وأقرَّه زكريا في «شرح المنهج»، وبه جزم في «العُبَاب» وفيه نظر، وكذا منْ قُذِف بعد موته إلا الزوجَ والزوجةَ على أشبه الوجهين في «الأسنى» لانقطاع الوُصْلة؛ ويحدُّ القاذفُ وإن لم يَعْرِف إحصانَ المقذوفِ باطناً إلا أن يظهرَ عدمُهُ.

## ١٠٥٧ ـ مسألة

من عَلِم زِنا زوجتِهِ: فلهُ قَذْفُها، وتَرْكُهُ أَوْلى، نعم يجب إن كان ولدٌ يَلْحقُهُ، وغلبةُ الظنِّ المؤكَّدةُ مع قرينةٍ ظاهرةٍ: كالعلم، فإن عَلِم أنه ليس منه ولم يَعْرفْ زناها قال: هذا الولدُ حَصَلَ من وطءِ غيري، وإذا عيَّنَ الواطىءَ ولاعنَ سقطَ حقُّهما، وإلا وجبَ لهما حَدَّانِ، وإذا عَلِم أن الولدَ وقعَ من وطءٍ بعد بينونتها، وخافَ لحوقَه به: قَذَفَها ولاعنَ لنَفْيه، لا لزِناً حَصَلَ بعدها ولا ولد، وإن عَلِمه قبلَ نكاحه: لم يَجُزْ قذفُها مبنيّاً على

ما رَجَّحاه في غيرِ «الشرح الصغير»، ورجَّح فيه ـ كالأكثرين ـ جوازَه، وله أن يَنْفيَه ويُطْلِق قذفَها ويلاعَنَ فَيسقُطُ الحدُّ، ويجوزُ النفيُ لمن يطأُ في الدُّبُر وإن أثبتنا النسبَ به، ثم إن عيَّن النسبَ في النفي وَجَبَ ذِكْره في اللِّعان، وإن أجملَه لجهله به من أيٍّ جهاته اتَّجه كما في «العباب» الاكتفاءُ بأنه عَلِق من غيري.

## فصـــل

لا يَلحقُ الولدُ مَنْ وَلَدَتْه لستةِ أشهرٍ فأقلَّ من عَقْدة، أو غابَ بحيثُ لم يجتمعا قبلَ ولادتِهِ أربعَ سنين، فلا يُلاعِن لنفيه، ويلحقُ حيثُ أمكن اجتماعُهما بعدَ العقدِ ومضيٍّ أكثرَ من ستة أشهرٍ إلى الأربع سنينَ من الافتراقِ أو الطلاقِ إلا أنْ تَلِدَ قبله ولداً لم يَلْحقْه وقد فارقَها حينَ ولادته، أو يشتريَ زوجتَه ثم يطؤُها ثم يستبرئَها وتلدَ لأكثرَ من السنةِ فلا يلحقُهُ بوطءِ المِلْك للاستبراء، ولا بالنكاح لفَسْخه به، ولا يُلحقُ في النكاح الفاسد إلا بإقرارٍ بالوطءِ بعد العقد أو ببيِّنةٍ به، ومن نَفَى حَمْلاً ولاعَنَ له انتفَى من بعده، أو وَلَدَاً ثم أتتْ بآخَرَ لدونِ ستةِ أشهرٍ فلم يبادرْ لنفيه لحقَه، ويَلْحقُه الأولُ وإن كان قد لاَعَنَ له لتلازُمِهما، ويحدُّ لقَذْفها كما لو أَكْذَبَ نَفسَه أو لاعَـنَ أجنبيٌّ لنفي حملٍ فبان أنْ لا حَمْلَ، وَيلحقُه أيضاً من وُلِد بعد ستةِ أشهرٍ لاحتمالٍ كونه حَمْلاً عند اللِّعان، وله استلحاقُ منْ لاعَنَ لنفيه، ويُلحِق صبياً بلغَ تسعَ سنين كاملةً وأكثرَ من ستة أشهرٍ بلحظتين فأكثر، ولا يُحْكَمُ ببلوغه حتى يدَّعيَ الاحتلامَ فيلاعَنُ له بعد ويُصَدَّق فيه وإن كان قد أنكره، ويَلْحَقُه من استدخلتْ مَنيَّه، كما سبق[1] في باب محرَّمات النكاح، ولو بعد موته، وكذا طلاقُه، صرَّح به

(١) مسألة: ٩١٧.

الماوردي، وإن كان قد لاقَى الهواءَ، كما قاله أئمتُنا، ويمتنعُ زوجُها منها إن كان منيَّ غيرِه، فلو ساحَقَتِ المرأةُ بعد إنزالِ زوجِها: معها أخرى فحملتْ، فَيَحْتَمِلُ لحوقُهُ به إن تحقَّق منيَّه باطنَ فرجِها، وإلا فلا، ولا عبرةَ بكونِ فعلهما يُشبه الزنا، لأن العبرةَ في الشبهةِ بجانب الرجل، وَسَبَقَ في محرَّمات النكاحِ ما يَشْمَلُه، وَمَنَعَ محمد بن علي بن أبي الخل لحوقَه بذلك وقال: لا يتعلَّق به حكم.

## ١٠٥٨ ـ مسألة

نصُّوا على أن قولَه: أحدُ أَبَوَيْكَ، أو جدَّاتك، أو من في السِّكَّة: زانٍ، ليس قَذْفاً ويعزَّر، ولكلٍّ من شَمِله الاسمُ أو وارثُهُ دعوى أنه أراد، وتحليفُهُ لنفي إرادته، فإن نكل حَلَفَ المدعي واستحقَّ حدَّه، وكذا لو قيل له: هل فلانٌ زانٍ أو: زَنَى؟ فقال: نعم وإن نوى، بخلافِ هل قذفتَه؟ فقال: نعم فَمُقِرٌّ به، وقوله: امرأةُ فلانٍ زَنَتْ، وهو لا يعرفُ له امرأة، ليس قذفاً، ولا يلاعَنَ أجنبيٌّ لدفْع حدِّ القذف وإن وطئها بشبهة، إلا أن تَحْمِل فيلاعِنُ لنفيه إن نفاه وَيَسْقُطُ الحدُّ.

## ١٠٥٩ ـ مسألة

من قَذَفَ شخصاً عند القاضي لزمَه إعلامُ المقذوفِ ليستوفيَ إن أراد، بخلاف إقراره عنده بمالٍ، والفرقُ أن استيفاءَ الحدِّ إنما يكونُ به.

## بـاب العِدَد

تجب العِدَّةُ بفراق زوجٍ وطىءَ، أو استدخلتْ منيَّه بغير زنا، وبوطءِ شبهة، واستدخالِ منيٍّ مَنْ ظنتْه زوجَها عند استدخاله، وليس منيَّ زنا.

ومن وطىءَ أجنبيةً حرّةً يظنُّها زوجتَه الأَمَةَ اعتدتْ بثلاثة أقراء، وكذا أَمَةٌ ظنَّها زوجتَه الحرة، فإنْ ظنَّها زوجتَه الأَمَةَ فَبقُرْأَيْنِ، أو أَمَتَه فبقُرْءٍ، أو زوجتَه الأَمَةَ يظنُّها الحَرَة فبقُرْأَيْنِ، أو أَمَتَه يظنُّها زوجَتَه فاستبراؤُها بقُرْءٍ.

وقُـرءُ العِدَّة طهـرٌ، أو بقيتُـهُ بين حيضَتَيْن، أو نِفـاسٍ وحيضٍ، أو نفاسَيْنِ، كما صرَّح به المتولِّي وتبعوه؛ ومن أقرَّ بطلاقٍ من مدَّةٍ مضتْ حُسبتِ العِدَّة من أولها، كما أفتى به أبو مخرمة، وَنَقَله عن ابن الصلاح، لأنها حقٌّ لله تعالى، وكذا لو وطىءَ وقال: هو لشبهةٍ، لزمتْها وإن كانتْ زانيةً، نعم إن كان يعاشِرُها فمن المُفَارقة، ومن تزوَّجَ لَقِيطةً ثم أقرَّتْ برِقِّها وطُلِّقت اعتدتْ عِدةَ حرةٍ لحقِّ الزوج، وإن ماتَ اعتدتْ عِدةَ أَمَةٍ بشهرين وخمسةِ أيامٍ لأنها حقٌّ لله تعالى وَسَبَقَ في اللقيط؛ ولا يجوزُ نظرُ الزوجِ والسيدِ لما بينَ سُرَّةِ الموطوءةِ بشبهةٍ وركبتها، والخلوةُ بها، ومن الشبهةِ: من وطىءَ بنكاحٍ فاسدٍ كتزوُّجِها معتدةً جاهلاً، أو بلا وليٍّ أو شهودٍ، لاختلاف العلماء في صحتهما ونحو ذلك، وإذا انتفى الولدُ من

الزوجِ فلهُ منعُها من إرضاعه غيرَ اللِّبَإِ إنْ لم تتعيَّن، فإن أرضعتْه ولم تخرجْ من بيتها ولا نَقَصَ استمتاعُهُ لم تَسْقُطْ نفقتها.

## ١٠٦٠ ـ مسألـة

يلزمُ إسكانُ مفارقةِ النكاحِ بموتٍ، وفي الحياة ولو بفَسْخها له على المعتمد إلى تمامِ العِدَّة، وإن زادت على العادة، لا لناشِزةٍ ولو بعده ما لم تُطِعْ، ولا لصغيرةٍ لم تُوطَأْ، وأَمَةٍ لم يَكْمُل تسليمها، وله إسكانها ليلاً ليُحْصِنَها، وليس له إخراجُ المعتدةِ وإن رَضيتْ ولو رجعيةً ما لم تُراجع، على ما صرَّح به في «النهاية» ونقله ابن الرِّفْعة وغيره عن نص «الأم»، قال السُّبْكي: إنه أولى، والأَذْرَعي: إنه المذهب المشهور، وصوبَّه الزركشي، وفي «حاوي» الماوردي و«المهذَّب» وغيره من كتب العراقيين: أن له أنْ يُسْكِنها حيثُ شاء، وجزم به النوويُّ في «نُكَتِه»، وتلزمُ موضعُ الفراق إن سكنَتْه بإذنه ولاقَ بحالهما، فإن كانتْ بدويةً ينتقل أهلها وانتقلوا لخوفٍ ليعودوا بعدَه ولم تَخَفْ وبقيَ غيرُهُم: لزمَتْه، وإن انتقل الكلُّ أو كلُّ أهلِها فقط لنُقْلةٍ فلها الانتقال معهم، وقد يُشبه بذلك الانتقالُ من البلد في بعض الفصول لخريفٍ أو رَعْيٍ إذا لم يبقَ في حافَتِها من تأنسَ به، ويجوز الخروجُ لعذرٍ كخوفٍ ولو على مالها أن يَضيع، وكتحصيلِ ما يُحتاجُ إليه وهي بائنٌ حائلٌ، وكذا غيرها إن مَنَعها الزوجُ ذلك ولم تَقْدِر عليه، وكذا للبائنِ ليلاً للسَّمَرِ مع جارةٍ ثم تَرجعُ للنوم، فإن مات الزوجُ ولا منزلَ له ولا مالَ، فلوارثِهِ ـ لا عليه ـ إسكانُها، وتلزمُها إجابتُهُ، وكذا الأجنبيِّ حيثُ لا ريبةَ.

## ١٠٦١ ـ مسألـة

للأجنبيِّ الخلوةُ بامرأتينِ ثقتين، لا لاثنينِ بواحدةٍ بلا ضرورةَ ولو مع

العَمَى، ولا بأمردٍ يحرمُ نظره في الأقيس، وفي «شرح مسلم»: جوازُ خلوةِ جماعةٍ يبعُدُ تواطؤهم على الفاحشة لصلاحٍ أو مروءةٍ وغيرهما بامرأةٍ، وحكاه هو في «المجموع» وجهاً، ولكن قوَّاه بعضُهم فيمن يُقْطَع بانتفاءِ الرِّيبةِ فيه حتى يميلَ القلبُ من جانبه وجانبها، وظاهرُ السياقِ أن الاثنين كالجماعة، بل في كلامِ هذا الأخيرِ ما يَعُمُّ الواحدَ إذا لم يجمعْهما موضع واحد يُعَدُّ لصورةِ التأنُّسِ الجسميِّ.

## ١٠٦٢ ـ مسألة

في «عُجَالة» ابن النَّحْوي[١] أن ابن عمر رضي الله عنه سُئل عن شُرب المرأةِ دواءً يقطعُ الحيضُ؟ فلم يَرَ به بأساً، وَنَعَتَ لهم ماءَ الأراك. انتهى. وعلى قياسِه: لو انقطعَ قبل الإِياس فتداوتْ لعَوْده أنه يجوزُ، نعم في فِعْلِه لصغيرةٍ لتبلغَ به: نَظَرٌ، لأنه تَعجيلٌ لتكليفِها اللوازمَ ومباشرةِ الذنوب، وقد تكونُ بها ضرورةٌ إلى ذلك ككونها يتيمةً محتاجةً تَحْتاجُ للتزويج فَيَقْوَى الجواز.

## ١٠٦٣ ـ مسألة

يجوزُ له نكاحُ معتدَّتِه لوطءٍ بشبهة، ونكاحُ الحامل من زنا، وله وطؤُها مع الكراهة، فإن وَلَدَتْ بعدَ إمكانِ دخوله بها لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ لحقَه، كما هو مقتضى إطلاقهم وصرَّح به البُلْقيني وغيره، ولا ينتفي إلا باللعان.

## ١٠٦٤ ـ مسألة

من وَطِىءَ أَمَتَه أو زوجَته ظاناً أنها غيرُها يزني بها فكالعالِمِ بها، لكنه

(١) أنظر أول فصل الاستطابة من الجزء الأول صفحة.

يأثمُ إثْم الكبائر، كما صرَّح به البارزي، وأومأ إليه كلام الغزالي، قال ابن الصلاح: ويُفَسَّق به، وقال ابن عبد السلام: ذَنْبُهُ متوسطٌ بين الكبيرة والصغيرة لعدم المفسدة، وللدَّميريِّ نحوُه، وأوجَبَ أبو إسحاق الإِسْفَراييني حدَّه، ومثلُه: من شربَ خلًّا لا[1] يظنُّه خمراً، وهو قويٌّ في الحقائق الأصولية، ولم نَعْلَمْ من وافقه.

## ١٠٦٥ ـ مسألة

معاشرةُ المطلِّق للمعتدَّةِ بغير الحمل الرجعيةِ يقطعُ اتصالَ العِدَّة بالنسبة لتزوَّجها بغيره بعد مضيِّ مدَّتِها، لا في مراجعتها بعده، كما صححه الشيخان، وإن قال الإسنوي: إن الفتوى بجوازها، قال في «البسيط»: والعِشْرةُ خلوةٌ بها في الليالي كعادةِ الزوجين لا مجردُ الخلوةِ ودخولِ الدار، والأشبهُ أنه إذا فارقها: تبني على ما قبلَها، ومعاشرتُها لغيره بوطءِ شبهةٍ يقطعُ اتصالَها ما دامت الشبهةُ، وكذا بنكاحٍ فاسدٍ من حينِ اجتمعا حتى يفرِّقَ بينهما قاضٍ، أو يطلِّقَها، أو يموتَ، أو يفارقَها بنيةِ أن لا يعودَ لعلمه فسادَه لا بمجرَّد الغَيْبة؛ ولا أَثَرَ لوطئه بائناً في عِدَّته بلا شبهة، فإنه زنا، ولا لزوجته المعتدَّة لشبهةٍ بل تستمرُّ فيها.

## ١٠٦٦ ـ مسألة

إذا انقطع دمُ المرأة قبلَ سنِّ اليأس لعلَّةٍ كمرضٍ ورَضاعٍ انتَظَرَتْ عودَه لتعتدَّ به، أو لغير علَّة: فكذا في الجديد، وصحَّحه الشيخان وغيرهما، وفي القديم والإملاء: تَصْبِرُ تسعةَ أشهر ثم تعتدُّ بالأشهر، وبه

(١) هكذا ثبتت «لا» في الأصل، وهو إقحام خطأ.

قضى عمر رضي الله عنه بين المهاجرين والأنصار، ولم يُنكَر، وهو مذهبُ مالكٍ وأحمدَ واختاره البُلْقيني، وقد قال الشافعي في القديم: إن عمر أعلمُ بمعنى كتاب الله عزَّ وجل، ولم يُنكِرْه منكر عَلِمناه، قال الإمام محمد بن كَبِّن: ولو حكم به حاكمٌ لم يَجُزْ نقضُهُ، ولنا قولٌ مخرَّج: تصبرُ ستةَ أشهرٍ ثم تعتدُّ بثلاثة، واختاره المُزَجَّد، وأفتى به شرف الدين البارزي وذكره في «تفسيره» قال: وَيَتَّجه أن من انقطعَ دمُها لعلَّة مثلُها، أو يُقال: تصبرُ أربعَ سنين ثم تعتدُّ بالأشهر، ولنا قولٌ قديم: تصبرُ أربعَ سنين ثم تعتدُّ بها واستَقْرَبَه الغزالي، وأفتى به قاضي القضاة رضي الدين بن الأديب.

## ١٠٦٧ ـ مسألة

إذا غاب الزوجُ وانقطعَ خبرُه لم تَنكحْ على الجديد حتى يتحقَّقَ موته، وفي القديم: تتربَّصُ أربعَ سنين ثم تعتدُّ عدةَ الوفاةِ وتنكحُ، وبه قال عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر، ومالك وأحمد وإسحاق، قال الشيخان: فلو حكم به حاكمٌ نُقِض على الجديد في الأصح، وقوَّى بعضُهم المنعَ، ونفقتُها على المفقود، فإن كان له مالٌ أُنْفِق عليها منه، وإن كان معسِراً فسخت بإعساره، أو مُوسِراً وتعذَّر الإنفاق من ماله فكالمعلوم حياتُهُ، فإن نَكَحَتْ سَقَطت نفقتُها بدخول الثاني، فإن فارقَها لم تَعُدْ إلا إن عَلِمتْ حياةَ المفقود، وعادتْ لمنزله، وعَلِم عودَها؛ وَسَبَق في الفرائض كلامٌ في بيان المفقود.

## ١٠٦٨ ـ مسألة

يجبُ الإحدادُ على زوجة ميتٍ بتَرْكِ لُبسِ المصبوغ، والحُليِّ،

والطِّيبْ، والحِنَّاء في ظاهرٍ، وتصفيفِ الشعْرِ ونحوه، وكَحْلِ العين، والحاجب لا بأبيض كالتُّوتيا، وطلاءِ الوجه بمزيِّن ولو في عِدَّةٍ رجعيةٍ لا بائن، وإن كان طفلاً، أو هي، ويأثَمُ الوليُّ بتركه، ولها لُبس الثوب الأسودِ إذْ لا يُقْصَدُ للزينة، كذا أطلقوه، وينبغي منعُهُ إذا كان بَرَّاقاً يُقْصَد به الزِّينة، كما ذكروه في الأزرق والأخضر، ولها لُبس الحليِّ ليلاً، ويكرهُ بلا حاجةٍ، لا حُلِيٍّ غيرِ النقدين إنْ أشبهَهما أو مُوِّه بهما، ولا مطرَّزٍ بحريرٍ تَظهرُ زينتُهُ، ولها أن تكتَحِلَ ليلاً للحاجة، وتمسحَه نهاراً، وتركُهُ أحوطُ، قال الأزرق: وقياسُهُ مثلُهُ في دَهن الرأس لحاجة، وبه صرَّح في «العُباب» وقَبْلَهُ إسماعيل الحضرمي، وَشَرَط أن تَغْسِله في الحال، وفي شَرْطه نظر. انتهى، قال ابن كَبَّن: وصرَّح بجوازه أحمد بن عُجيل ولم يَشرطْ غَسْلَه، وقال الإمام محمد بن ظَهيرة: الظاهرُ عدمُ جوازه مطلقاً، لأن فيه نماءً للشعر وتزييناً يبقى، وأما الطِّيب فَيَحِلُّ للحاجة، ذكره في «النهايـة» وقرَّروه، ويحلُّ دَهنُ غيرِ الرأس بغير مُطَيِّب، ويجوزُ لغيرها الإحداد ثلاثاً ولو أجنبيةً، وكذا رجلاً، كما في «النهاية» قاله أبو شكيل وغيره، ومال الأذرعيُّ إلى تحريمه على ميتٍ أجنبيٍّ لكلٍّ.

## ١٠٦٩ ـ مسألـة

لمنْ أخبرها عَدْلٌ ـ أي: في الرواية، ولو امرأةً ـ أن زوجَها ماتَ: أن تتزوَّج فيما بينها وبين الله تعالى، نقله الشيخان وغيرهما عن القفَّال، وأقروه، قال بعضهم: وقد يُقال: إذا ساغ لها اعتمادُهُ اتَّجه جوازُه، قال الأذرعي: وفيه وَقْفَة، ولعل المرادَ تقريرُ الحاكم عليه، وأفتى بعضُهم فيمن مات غائباً وعَلِم بعضُ الناس موتَه أنه يجبُ عليه الإعلامُ به إن تعلَّق به حقٌّ ناجزٌ، كإحدادِ زوجته، أو خُشِيت ضرورةٌ، كتصرُّفِ نائبه في ماله.

# بـاب الاستبراء

المرادُ به في الأصل: طَلَبُ علم براءةِ رحم الجاريةِ لِتَحِلَّ للزوج أو السيد، أما إذا طُلِّقت وأرادت التزويجَ فتتعيَّن العِدَّة بينهما كغيرها، وإن لم تُوطأْ جازَ تزويجها، وكذا إن وطئَها سيدٌ واستبرأَها ولو مستولَدَةً، فإن ماتَ السيدُ بعده أو أُعْتقت وجبَ تجديدُ استبراءٍ في المستولَدَة، لأنها كالزوجةِ دون غيرها، وللسيدِ تزوُّجُ معتقةٍ فيه، وأما حِلُّها للسيد فمن ملك جاريةً يَحِلُّ نكاحُها ولو بفَسْخٍ وأراد تَسَرِّيها فيجبُ أن يستبرئَها بحيضةٍ، أو شهرٍ إن أَيِسَتْ أو لم تَحِضْ قطُّ، وبالولادة إن كانتْ حُبْلَى ولو بزنا، إلا أن تكونَ زوجتَه قبلُ في الأصح، ويجبُ وإن كانت بكراً أو مُلِكتْ من امرأةٍ أو طفلٍ أو استُبْرِئَتْ قبلُ، وكذا إن حلَّت له مملوكتُه بزوالِ كفرٍ أو كتابةٍ صحيحةٍ ـ لا فاسدةٍ ـ أو إحرامٍ وعبادةٍ، وقال المزنيُّ: لا استبراء إلا على موطوءةٍ أو حاملٍ، ومالَ إليه الرُّوْياني، فإن وطئَها سيدان فاسْتِبْراآنِ، أو ملكَ زوجتَه وأراد تزويجَها فلا بدَّ من مضيِّ عِدَّتها كأَمَةِ غيرِه، أو طلَّق زوجتَه ثم ملَكَها في عِدَّته وجبَ الاستبراءُ ولو رجعياً، وتنقطعُ العِدَّة بالمِلْك، ويجبُ في مزوَّجة أو معتدَّة بعد طلاقها وعدَّتِها منه أو من موتٍ، إلا أن تكون مستولَدَة فتحِلُّ بفراغها لعَوْدها فِراشاً له كالزوجة بعد عِدَّةِ وطءِ الشبهة.

ولو أعتقَ مَنْ لم تُوطأْ واستبرأَهَا وأراد تزوُّجَها: جاز، وكذا إن وطئها هو أو بائعُهُ وأراد الواطىءُ نكاحَها في مدَّته كنكاحِه معتدَّتَه، ولو وطىءَ المستبرَأَةَ: أَثِمَ ولم يَقطعْ ذلك مدتَّه، وتُصَدَّقُ هي في الحيض بلا يمينٍ، وفي عدمه بيمينٍ إن ادَّعاه، ويصدَّق إن قال: أخبرتْني به بيمينه، وكذا وارثُ من قالت: وَطِئَني أبوكَ فَحَرُمْتُ عليك، ومن وطىءَ جاريتَه المزوَّجة أو المعتدَّة لزمَها لوطئه استبراءٌ لتزوُّجها بعدهما، لا لوطئه هو، إلا ما سَبَقَ، ومن اشترى زوجتَه لم يطأْها ما دامَ الخيارُ لهما، لأنه لا يدري أَيَطَأُ بالمِلْك أو النكاح، فإن فَسَخَ البيعَ وطىءَ بالنكاح، لأنه لم يملكْها، وكذا إن اختصَّ بالبائع، فإن تَمَّ: وطئِهَا بعده بالمِلْك فلا استبراءَ في الأصح، وإنْ لَمْ[1] واختصَّ الخيارُ به: مَلَكَهَا وانفسخَ، وله وطؤُها فيه بلا استبراءٍ، فإن فسخَ البيعَ فقد زال نكاحُها بعقْده فتحرُمُ عليه، كذا نَقَّح المسألةَ موسى بن الزين مما وقع فيها من التشابُه، نعم هنا تَستبرىءُ لسيدها الأول أو التزويج، وقوله: فإن فَسَخ يعني بسببٍ آخرَ، لأن الأصحَّ أن وَطْأَه أجازه، أو بناءً على المرجوح من بقائه، وأما صاحبا «الروض» في البيع، وشارحُه، وفي «العُبَاب»: فجزموا بتحريم وَطْئه حيث اختصَّ بالخيار ما دام باقياً، ويُحِلُّه حيثُ خصَّ البائع، أو اشتركا فيه، ثم يجيءُ فيه ما يأتي مع الفسخ أو التمام، بناءً على أن المِلْك لمن (؟)، وأطلقَ في «الروضة» الكلامَ بلا بيانٍ، ونقلَ تصحيحَ المنعِ حيثُ وقف، وَجَزَم به في «الروض» في باب الاستبراء.

## ١٠٧٠ ـ مسألة

لا تصيرُ الأمةُ فراشاً إلا بوطْئِهِ واستدخالِ منيِّه، ويلْحقُهُ ولدٌ يمكنُ

---

(١) أي: وإن لم يتمَّ.

منه إلا أن يَستبرئها بعده، وأمكن حدوثُه ولم يُلْحِقْه، فإن أنكرتِ الاستبراءَ فلها تحليفُهُ فيقول: إنه ليس مني، ويكفي عن ذكر الاستبراءِ، وذِكْرُ معه أحوطُ، فإن نَكل حلَّفت ولَحِقَه، وإن نَكَلَت وحلَّف الولدُ بعد بلوغه لحقه أيضاً على الأوجه، كما مرَّ في اللعان، ويُصَدَّق في نفي أصل الوطءِ بلا يمين، وإن كان ثَمَّ ولدٌ فلا يَلْحَقه، فإنِ ادَّعَتْ أُمِّيَّةَ الولدِ فظاهرٌ ـ كما قال زكريا ـ: أن لها تحليفَه، وصرَّح به الإمام، ونبَّه عليه البُلْقيني، وإن أفهم كلامُ الشيخين عدمَه، قال: فلا نعرفُ ذلك لأحدٍ من الأصحاب، فإن كانت مستولَدَةً لحقَه الولدُ وإن استبرأها بعده، لشبهها بالزوجة كما نقله الشيخان عن الرُّوْياني في أسبابِ الاستبراء، وأقرَّاه وتَبعوهما، إلا أن يَستبرئها بولادةٍ فلا تلحقُهُ حتى يُقِرَّ بوطءٍ بعدها، ويمكنُ كونُه منه على الراجح، وبه جَزَمَ في «العُبَاب» للقطعِ ببراءةِ الرَّحم بها.

## ١٠٧١ ـ مسألة

فإذا استمتَعَ مَجْبُوبُ الذَّكَرِ دون الأُنْثَيَيْنِ بأَمَته فهل يَلْحقُهُ الولد بالإمكان؟ قال البُلْقيني: لم أَرَ مَنْ صرَّح فيه بشيء، والأقربُ لحوقُه إلا أن ينفيَه باليمين، قال زكريا: بل الأقربُ عدمُ اللحوق لانتفاء الفِراش، أقولُ: وذلك إذا لم يتحقَّق دخولُ منيِّه.

## ١٠٧٢ ـ مسألة

إذا باع جاريةً وطئَهَا وقد استبرأَها قبل البيع، فولدتْ بعد ستةِ أشهرٍ من الاستبراء: لم يلحقْه كما في مِلكه، أو قَبْلها: لحقَه وَبَطَلَ البيعُ وصارتْ مستولَدَةً له، وإن استبرأَها المشتري ووطىءَ فَوَلَدَتْ لإمكانه منه: لحقَه، أو لدونِه ولم يستبرئْها البائعُ قبل البيع وادَّعاه: لحقَه وبطلَ، وإن

أنكَرَ المشتري أصلَ الوطءِ، فإن كان البائعُ قد أَقَرَّ به قبل زوالِ مِلكه فكالبيِّنة به، وإلا حلَّف المشتري على نفي علمِهِ بكونِهِ منه، وهل يلحقهُ الولد؟ فيه خلافٌ، مع أنه مِلكٌ للمشتري، قال زكريا: والأوجهُ لحوقُه به إذْ لا ضَرَرَ عليه في المالية.

# بـاب الرَّضاع

تكونُ به المرأةُ أمّاً للرضيع إن أَرْضَعَتْه خمسَ مـرَّات قبل الحولينِ كأنها وَلَدَتْه: في المَحْرَميَّةِ، والنكاحِ، والنظرِ، والمسِّ ونحوها، معها، ومع مَنْ يُدْلي بها من أصولٍ وفروعٍ وحواشٍ، فإن كانتْ قد ولدتْ بولدٍ له أبٌ فهو كأبيه في النَّسَب كما فيها وإن كان قد طلَّقها وانقطعَ وتزوَّجتْ وحَبِلت ما لم تَلِدْ غيرَه، وقيَّدها الشافعيُّ بالآدمية، وقضيتُهُ: عدمُ ثبوتِهِ بلَبَن الجِنِّيَّة وبه جَزَم في «العباب»، وفيه نظرٌ، لتكليفهم، وقد يُحْمل كلامُ الشافعي عن الاحتراز عَنْ لَبَن البهيمة؛ ولو طلَّق صغيرةً فأرضعتْها امرأةٌ صارتْ أمَّ زوجتِهِ، فتحرُمُ عليه وإن كان بائناً، وكذا مطلَّقةٌ زُوِّجتْ صغيراً فأرضعتْه بلبنِ المطلِّق، فتحرُم عليه: لأنها زوجةُ أبيه، وعلى الصغير: بالبُنُوَّةِ، وكونُها زوجةَ أبيه قبله، وقد سَبَقَ في النكاح.

## ١٠٧٣ ـ مسألـة

لا يَثْبُت الرضاعُ إلا ببيِّنةٍ، أو إقرارِهما، فإن قالتْ امرأةٌ: أرضعتُكما ـ ولم يُصَدِّقاها ـ: لم يلزمْهما الأخذُ بقولها، والورعُ الأخذُ به إن لم يَتَوَسَّما كذبَها.

# بـاب النفقات

تجبُ لزوجةٍ لكلِّ يومٍ بليلتِهِ الآتيةِ إن مكَّنَتْ أولَه، وكذا فيما بعده من أوله، لكنْ بِقِسْطه، كما حرَّره البُلْقيني في «تدريبه» تخريجاً، وحيثُ قال الأصحاب: تجبُ بالفجر، قال الإسنوي: لو سلَّمتْ وقت الغروب، فالقياسُ اعتبارُها منه، قال زكريا: والظاهرُ أن المرادَ وجوبُها بالقِسْط، فلو حَصَلَ وقتَ الظهرِ فينبغي وجوبُها كذلك، وبنحوه أجاب موسى بن الزين، واحتمل البُلْقيني في «الملمات» أن ابتداءها بالغروب لتُحسبَ ليلتُهُ، والوجوبَ بفجرها، وتقرُّرُه بغروب يومه، وأن تكونَ تلك الليلة لا أَثَرَ لها، وابتداءُ الوجوبِ والتقديرِ بفجرها إلى آخر الثانية، والأولُ أقربُ إلى العدل، قاله في «التدريب». وحيثُ وجبتْ بالفجر يُبادِرُ بدَفْعها بطلبها بلا عذر، لا يُعَدُّ مقصِّراً بالتأخير عنه عادةً لكلِّ يومٍ بوجهه، قال البغوي: إلا إذا أراد غَيبةً طويلة فلها طلبُ نفقةِ تلك المدَّة، وأقرَّه زكريا وقال: وله وضعُها عند من يَمِيرها[1]، وقال في «العُبَاب»: فيه نظر.

وتجبُ على من حُبِسَتْ لأجله لإيهام طلاقها، أو سَبْقِ عقدٍ نُسِيَ، وِفاقاً لابن كَجٍّ، وخِلافاً للإمام، إذْ لا مانعَ منها، فيطالِبان بها في الثانية،

---

(١) أي: من يجلب لها الطعام وسائر المؤن.

فإن اختلفا يَساراً وإعْساراً أَنْفَقا الأقلَّ، للشكِّ في الزائد، وكذا مَنْ عَقَدَ بخمسٍ أو أُختين مرتِّباً: حتى يُبَيِّنَ أو يَبِنَّ، وتجبُ للمظاهَر منها، ومن أنفقَ للشكِّ ثم بانَ أنه ليس عليه شيءٌ: لم يَرجِع عليها، فإن كان لم يُسلِّم بعدُ: فليس عليه شيء، وله الرجوعُ في سَبْقِ العقدِ على ثانٍ سَبَقَه به، والمعتَبَرُ في كونه موسِراً بالسَّنَة كالزكاة، كذا في «التدريب»، قال: ويكفي قبضُ المحجورةِ لها بإِذْن وليِّها.

## ١٠٧٤ ـ مسألة

قال الأَذْرَعيُّ: الظاهرُ وجوبُ السِّراجِ للزوجة أولَ الليلِ في القُرَى، دون الخيام والباديةِ، جرياً على العُرْف، وأنه حيثُ وجبَ تُمَلَّكُ الدُّهن، ولها أن لا تُسْرِجَ، كما في القُوت، وقال الماورديُّ: إذا اعتادتْ نساءُ القُرى عدمَ النَّعْلِ في بيوتهنَّ: لم يجبْ، وجرى عليه في «العباب»، ويجبُ لها ثوبٌ تَبِيتُ فيه غيرَ كسوتِها، إلا لمن يَعْتَدْنَ النومَ فيها.

## ١٠٧٥ ـ مسألة

والرجعيةُ كالزوجة، وكذا البائنُ الحاملُ حتى في آلة التنظيف، على ما اقتضاه كلامهم، وقال الأذرعي: والظاهرُ منعُها في البائن، ويحتملُ في رجعيةٍ غاب زوجُها أن لا يجبَ لها إلا ما يُزِيلُ الشَّعَث.

## ١٠٧٦ ـ مسألة

لا يجبُ للزوجة ماءُ طُهْرٍ حَدَثٍ وَجَبَ بغير سبب الزوجِ، ويجبُ فيما بسببه كجماعٍ ونفاسِ ولدِهِ، قال الزركشي: وقضيةُ التعليل: أنْ لا يجبَ في استِدخالِها ذكرَه وهو نائم، وأنه يجبُ فيمن زَنَى بها مُكْرهةً

أو غَيرَ مكرهة، أو وطئَها بشبهة، وفي غيرِ المكرهةِ نظرٌ، وفي موطوءَةِ الشبهةِ: أفتى القفَّال بأنه لا يجبُ، والقياسُ وجوبُهُ فيها وفي المكْرَهةِ كما في المهر، وأطال في بيانه، قال زكريا: بل القياسُ في الكلِّ عدمُهُ، لأن عقد النكاح معتبرٌ في وجوبه، وإلا لوجبَ عليها ماءُ طهرِهِ لو نَقَضَتْه، قال الأذرعيُّ: والظاهر أن الواجبَ من الماءِ ما يكفي الفرضَ دون السُّنَن.

## ١٠٧٧ ـ مسألـة

جَزَمَ في «العُبَاب» بأنه لو اعْتَدْنَ في الكِسْوةِ ثوباً واحداً أو لُبْسَ الأُدُم: كَفَى، ويجبُ معه نطاقٌ وخِمار بالعادة، وهو ما قاله في «البيان» أخذاً من المذهب، ولا يجبُ لملكِ الكِسْوة لفظٌ، ويكفي له الدَّفْع والقبض، فإن أعطاها زائداً على ما يجبُ عليه في الصفة ـ لا في العَدَد ـ مَلَكَتْه، لا ما زاده في العَدَد بلا نيةِ إهداءٍ ويُصَدَّق هو ووارثه في عدمها، قاله موسى بن الزين في «فتاويه» قال: وقال القفال: لو كان الزوجُ في طَرَف البلدِ بحيثُ يُخَاف من المكابَرة واللصوص: فلها مطالبتُهُ ببيتٍ في وسطه تأمَنُ فيه، وتجبُ زيـادةُ كِسوةٍ للبرد بما يُعْتاد، فإِنِ احتاجتْ لزيادةِ وَقودٍ: لزمَه حطبٌ بقَدْره، قال الزركشي: وإذا أُنيطَ[١] بالعادة: فأكثرُ البوادي لا يُوقِدون إلا بالبَعْر، فليُكْتَفَ به إذا جاء به.

## ١٠٧٨ ـ مسألـة

قال الإمام في «النهاية»: القدرةُ على الكَسْب بلا مالٍ لا تُخْرجه عن واجبِ المعسِر وإن حَصَلَ به مالٌ متَّسِعٌ، وفي «الروضة» الجزمُ بمثله، وكذا جَزَم به القَمُولي، قال الأزرق: وهي نفيسة.

---

(١) الصواب لغة أن يُقال: نِيْط، وفعل «ناط» متعدٍ بنفسه، لا يحتاج إلى تعديته بالهمزة.

## ١٠٧٩ ـ مسألة

لو أكلتْ معه على العادة: سَقَطَتْ نفقتُها إن كَمُلت، أو أَذِن وليٌّ في الناقصة، كما قالوه، وجاءت به السُّنَّةُ، قال الأذرعي: أو سيدُ الأَمَةِ المطلَقُ التصرُّفِ، وصرَّح في «النهاية» باعتبار أكلِ الناقصةِ قدرَ الكفاية، وأَشْعَر به كلامهم، كما في «المهمات»، فإن نَقَصَ فالأقربُ ـ كما قال الزركشي ـ الرجوعُ بالتفاوت لا بالكلِّ، قال ابن العِماد: وينبغي القطعُ به، وإن اختلَفا في قَدْرِ أكلِها رُجِّح قولُها، إذِ الأصلُ عـدمُ قبضِها ولا يكفي استقلالُ غيرِ رشيدةٍ، كما ذكروه، وخالف البُلْقيني، وعلى الأولِ يرجعُ بقَدْرِ ما أنفقه عليها، كما أجاب به وليُّ الدين العراقي، قال زكريا: وعليه المعوَّل، كما هو في الرشيدة إذا قلنا بعدم سقوطها بذلك، كما صرح به الشيخ أبو حامد والبَنْدَنِيْجي، لأنه لم يُنْفِق متبرِّعاً بل يَظنُّ وجوبَها.

وإذا لم يُنْفقها بقيتْ في الذِّمـة، ولهما التعويضُ عنها، لا نحوُ دقيقِ بُرٍّ عنه، كذا ذكر الشيخان ومن تَبعهما، قال الأذرعيُّ: والأكثرون على جوازه، رِفْقاً ومسامحةً، فالمختار جَعْلُهُ استيفاءً لا معاوضةً، وعليه العملُ دواماً، ولما مرَّ من سقوطها بأكلها معه. انتهى. وفي نفقةِ اليوم إنْ أخذتْه استيفاءً فلا ينبغي فيه إلا الجواز، إذْ هو دَفْعُ نفقتِهِ، ولها أن تَرْضَى بغير ما يكونُ لها عند المشاحَّة، وإن أَخَذَتْه اعتياضاً: قال زكريا: ففي جوازه وَقْفةٌ، لعدمِ تقرُّرها، لاحتمالِ سقوطها بنشوزٍ، أقول: والجوازُ حيثُ يصحَّح أظهر، ولذلك جازَ تصرُّفها فيما قَبَضتْه ولو لأيامٍ آتيةٍ، كالأُجرة، والزكاة المعجَّلة، فإن بانَ عدمُ الاستحقاق ردَّتها أو بَدَلَها.

## ١٠٨٠ ـ مسألة

من غابَ زوجُها قبلَ أن تمكِّن: أَتَتْ الحاكمَ ليكتبَ لحاكمِ بلدِهِ بتسليمها نفسَها له ليُعْلِمَه، فيتقرَّر حقُّها بقَدْر إمكانِ وصوله بعدُ، قال الإمام: ويُشْبه أن يكتفيَ بعلمه به من غير جهةِ الحاكم، قال الأذرعي: وهو ظاهرُ كلام «التهذيب»، وهو الظاهرُ، وكذا قال أبو شكيل، قال الناشِري في «إيضاحه»: ويُقَيَّد بمقبولِ الخبر، وفي غيره نَظَرٌ، فإن جَهِل موضعَه كتب الحاكمُ لحاكِمِ البلادِ التي تَصِلُ بلدَه قوافلُهم ليُنَادَى باسمه في بلادهم، فإن لم يَظْهَر فرضَ لها النفقةَ من ماله، أو عليه بقَدْر المعسِر إن لم يعلم زيادة، وأخذَ منها كفيلًا لما تأخُذُه، لاحتمال ظهورِ مانعٍ، قال في «العُبَاب»: ويجوزُ أن يَفرضَ لها دراهمَ بقَدْر الواجب؛ ومثلُها: من سقطتْ بنشوزها، ثم عادتْ للطاعة في غَيبته في كلِّ ما ذُكِر، وإذا استحقَّتا الفرضَ وتعذَّر مالُه: فلهما الفسخُ على ما يأتي، جَزَم به بعضهم، وهو ظاهر، ولا يكفي للوجوب مجرّدُ عَوْدِها، نعم ذكروا أنها لو ارتدَّتْ في غَيبته وهي مسلِّمة له، ثم أَسْلَمتْ: عادتْ بمجرَّدِ الإسلام، لأنها لم تخرجْ من قبضته، قال الأذرعي: وقضيتُهُ أنها لو لم تُخْرجْ من بيته بل منعتْه نفسَها فغاب، ثم عادتْ للطاعة في غَيبته عادتْ نفقتُها من غيرِ رفعٍ إليه، وهو كذلك على الأصح، وحاصلُ ذلك الفرقُ بين النشوزِ الجليِّ والخفيِّ، وقرَّره زكريا.

## ١٠٨١ ـ مسألة

عُلِمَ سقوطُ حقوقِ الزوجيةِ بالنُّشُوز، وهو: مَنْعُها نفسَها، أو خروجُها من منزله بغير رضاه، ما لم تَعُدْ إليه، ومثلُهُ: سَفَرُها لحاجتها أو حَبْسُها، فلو أراد السفرَ بها فأقرَّت بدينٍ لآخَر واقتضى الحالُ الحبسَ لكونها ممتنعة

مع القدرة، أو ذاتَ مالٍ ادَّعتْ تلفَه ولم تبيِّن: فللغريم منعُهُ وحبسُها، قاله شُرَيح الرُّوْياني، وبنحوه أفتى القاضي ابن الصباغ، وتَبِعه الأذرعي وطوَّل فيه، قال: لكنْ لو أقام الزوجُ بيِّنةً بأنها أقرَّتْ فِراراً من السفر: فوجهان، وقبولُه بعيدٌ إلا إنْ توفَّرت القرائنُ بحيثُ تُقَاربُ القطعَ فهو محتمِل، وقد يُعَرِّفونه بإقرارِ الغريمِ أو بإقرارها. انتهى. قال القاضي ابن عَبْسِين: وهو محمولٌ على إقرارها بذلك قبلَ أن تُقِرَّ للغريم، لتعلُّق حقِّ الزوج، لا بعده، ومنعَ الشيخُ تاج الدين قولَ شريحٍ وخطَّأه، وقال: لا يسقطُ حقُّ الزوج بإقرارِها، وإقرارُها بإجارةِ عينِ نفسِها كَهُوَ بالدَّين، وحيثُ نَشَزَتْ في يوم عادتْ نفقتُهُ فقط وكِسْوةُ فَصْله، أو عوضُهما إن تعوَّضتْ عنهما مِلكاً للزوج، قال ابن عجيل: وله التصرُّفُ فيها قبل قَبْضها، فإن تَلِفت فعليها بدلُها، فإن عادت للطاعة فهو أولُ فصلِ الكِسْوة، ولا حسابَ لما قبلَ النُّشوز، ولا نفقةَ لبقيةِ يومٍ عادتْ فيه، وله أن يكسوَها غيرَ الأولى، ولا يَستردُّ نفقتَه ما قبل يومِ النشوزِ وكسوَةَ فصلٍ قبل فَصْله.

وحيث مات أحدُهما وهي طائعةٌ استقرَّ مِلكها للكِسْوة ونفقةِ اليوم، فيُوْرَثان عنها، ولا يُسقطُ الحقَّ امتناعُها لعدمِ تسليمِ المهرِ قبلَ الدخولِ أو بعدَه، وَدَخلَ بها وهي سفيهةٌ بلا إذْنِ الوليِّ، فإذا قالتْ: سلِّم مهري، وإذا سلَّمْتَه سلَّمْتُ نفسي: استحقَّت النفقةَ من حينئذٍ، وتسقطُ نفقةُ المطلَّقةِ الرجعيةِ والحامِلِ بخروجهما من المنزل بلا إذنه، ولا يثبتُ لها حقٌّ إن طُلِّقت وهي ناشزةٌ حتى تعودَ للطاعةَ فيجبُ السكْنى، كما قاله المتولِّي، وأقروه في «الروضة» وغيرها، وقياسُه عودُ نفقةِ من تجبُ لها، وبه أفتى ابن عَبْسِين وقال: إنه يُؤْخذ من قولِ «الإرشاد» ومن قولِ القاضي: المَعْنَى في وجوب نفقة الحامل شَغْلُ رَحِمِها بمائه فهو

مستمتعٌ به، ولا يقالُ: هي سببُ الفرقة إن كان، فإنه مباشِرُها، فهو أولى، كما لو خَالَعَتْه، وأفتى أحدُ ابنَيْ ظَهِيرة بمنعِ عودِ نفقةِ البائنِ ناشزةً، قال: إذْ لا سبيلَ إلى طاعتها، ويُحمل ـ إن سُلِّم ـ على نُشوزها بمنعه الاستمتاعُ، لا بمجرَّدِ خُروجها من المنزل، أما الرجعيةُ فيقتضي إطلاقُهم وجوبَ نفقتها بالعَوْد، لأنه يقدرُ على رجعتها، وقولُه لها: إن لم تَخْرُجي من المنزل ضربتُك: متضمِّنٌ للإذن في الخروج، فلا يَسْقُطُ به حقٌّ، ما لم يطلُبها للرجوع فتمتنعُ، كما أفتى به موسى بن الزين.

قال: وإذا أعطاها ما تَصْرِفُهُ في عُرسها أو صَبَاحة ثم نَشَزَتْ: استردَّ كلَّ ذلك، وصحَّحه المُزَجَّد، وخالفهما القاضي محمد بن عبد السلام الناشِري. أقول: وهو أظهرُ عندي لأن مصروفَ العرس انتهى بمضيِّه وصار مستهلَكاً بإذنه، والصَّباحةُ تُحْفةُ أَتْحَفَهَا به يَرومُ تأليفها، فإذا حَصَلَ ولو أولاً تقرَّر ملكُها، ولا يقدحُ ما يحدُثُ من تغيير حالها، كما لو أهدى لأجنبيٍّ لتأليفه ثم عاداه، واتفق الثلاثة المذكورون على أنه يَستردُّ بالنشوز ما دفعَ غيرَ ذلك لها أو لوليِّها إلى أن تَرجِع إلى الطاعة، وفيه أيضاً نظر، وسبَق في الهبة شيءٌ من ذلك، وليس من الخروجِ المسقطِ لحقِّها ما يَرضَى به مما يعتاده مثلُها لحاجةٍ وزيارة ونحوهما ثم تعود وإن كان غائباً، إذا لم تَزِدْ على المعتاد، ولم يصرِّح هو بمنعها، ولا ظَهَرَ منه ما يقتضيه، كما يُؤخذ ذلك من قول الإمام: خروجُها وهي عاصيةٌ به نشوزٌ، وفسَّره الأذرعيُّ بذلك، وأجاب بمثله أبو حُمَيش، وقرَّره موسى بن الزين وغيره، قالوا: فمدارُ ذلك على العُرْف، قال: فإن كان خروجُها في ذلك طويلاً وهو لحاجةِ نفسِها كخروجها للخريف وهو يرضَى به عادةً فكسفَرها لحاجةِ نفسِها، فتسقطُ نفقتُها مدَّتَه إن لم يصحبْها، وتعودُ بعَوْدها، ولها أن تَحترِفَ بغزلٍ وغيره مما لا ينقص حقَّه.

## ١٠٨٢ ـ مسألـة

لا نفقةَ لمعتَدَةِ وفاةٍ وإن كانت حاملًا، فلو طلَّق حاملًا بائنًا: لزمتْه، فإن مات في عِدَّتها بقيتْ في عِدَّة الطلاق ولها نفقتُها، بخلاف الرَّجعية لأنها زوجةٌ، فتنتقلُ لِعِدَّة الوفاة، هذا ما قاله الغزالي، ويؤخذ من كلام «الروضة» في بعض مواضعها، وَجَزَمَ به ابن المُقْري في «مختصرها»، وقال الإمام: تنقطعُ نفقتها، وحيثُ ثبتتْ للمطلَّقة ففاتَ وقتُها بقيتْ دَيْنًا عليه هي وتوابعُها، كالزوجة.

## ١٠٨٣ ـ مسألـة

يُسْقِطُ النفقةَ صومُ الزوجةِ نفلًا بلا إذْنه وهو حاضر، إلا يومَ عرفةَ وعاشوراءَ في الأصح، لا صومُ رمضانَ ولو في السفر، حيثُ كان الصومُ أفضلَ على المتَّجه للزركشي، خلافًا لما نقلَ عن الماورديِّ مما يُخالفه، أو منذورٍ معينٍ من صلاةٍ أو صومٍ أو اعتكاف نَذَرَتْه قبل النكاح، أو بإذنه، أو مكتوبةٍ أولَ الوقت، وله قَطْعُ غيرِ ذلك ولو قضاءَ فرضٍ موسَّع لم يأْذن في فعله ولو صومًا عيَّنَتْه، قال الزركشيُّ: ويُشبهُ أن له منعَ تعجيلِ صلاةٍ لم يُنْدَبْ لإبرادٍ، وحيثُ أجَّرت نفسَها قبل النكاح ولم يَعلَمْ: فحقُّ المستأجِرِ مقدَّم، قال الماورديُّ وتَبِعه الرُّوْياني: وللزوجِ الخيارُ في فسخِ نكاحها، وسكتَ عليه الرافعي، وظاهرُ كلام الجمهور مَنْعه، وصرَّح به في «الذخائر» وغيره، قال الأذرعي: ولم أَرَ ما ذكره الماوردي لغيره، قال المُتَوَلِّي ـ كالبغوي ـ: وتسقطُ نفقتُها، وَجَزَمَ به في «الأنوار»، وصرَّح في «المهذب» ببقاءِ وجوبِها كالاعتكاف، ويؤيِّدُ المنعَ فيه أن هنا يدًا حائلةً.

## ١٠٨٤ ـ مسألة

لا تجبُ نفقةٌ للبائنِ الحامِلِ إلا بظُهوره ولو بشهادةِ نساءٍ، وَمَخايِلِهِ مَعَ دَعْواها، وينفقُ يوماً يوماً، فإن بان عدمُ الحملِ استردَّ ما أنفقَ، ويصحُّ الإبراء عما وَجَبَ لها وللزوجة، لا ما سيأتي، والقولُ في تأخُّر الولادة قولُ مدَّعيه، ولا نفقةَ لحاملٍ من سيدٍ عَتَقَتْ، خلافاً لما في «الأسنى» من وجوبها لها مدَّةَ الحمل، ولا من وطءِ شبهةٍ، ولا يَرجعُ من أنفقَ في نكاحٍ فاسدٍ بما أنفق، وإذا قال: طلقتُكِ بعد الولادة فليَ الرَّجعةُ، فقالت: بل قَبْلها وانقضتْ عِدَّتي بها: صُدِّق بيمينه، ولا نفقةَ لها لزعمها ما أسقطَهَا، وإن قال: طلقتُكِ قبلها، فقالت: بل بعدها، صُدِّقت، ولها النفقةُ ما دامت في العِدَّة بالأقراء، ولا رجعةَ له لاعترافه بانقضائها بالولادة، نعم إن وطئَها في الزمن الذي زعمتْ أنها لم تطلَّقْ فيه: فلا مهرَ لها بوطئه، لأنها لا تدَّعيه.

## ١٠٨٥ ـ مسألة

إذا ادَّعت النفقةَ على زوجها وكذا معتَدَّته، قال القاضي إبراهيم بن ظَهيرة: فإن أجابَ بأنها لا تستحقُّ عليه شيئاً كَفَى في نفقةٍ ماضيةٍ، وكذا في يومٍ حاضرٍ على الظاهر إن لم يتحقَّقْ تمكينٌ، لأنه يمكنُ عدمِ وجوبها بعدمه، أو سقوطُها بمانع، وبمثله صرَّح في «النفائس»، قال إبراهيم: فإن تحقَّق التمكينُ فيحتملُ أن يكفيَ أيضاً، ويحتمـلُ أن لا يكفيَ لتحقُّق الموجِب، كما إذا ادَّعتِ النكاحَ والمهرَ فأقرَّ بالنكاح وأنكر المهرَ، وهذا أظهرُ، فإن ادَّعى نشوزاً بعد التمكين: فالقولُ قولُها، كما صححاه، ويكفي في ثبوته إقرارُه، أو البينةُ بأنها مكَّنَتْه من نفسها، أو بأنها في غَيبته باذلةٌ للطاعة ملازمةٌ المسكَنَ، ونحو ذلك مما يعطي

معناه، وسبق أنها مصدَّقةٌ في عدم قبضِ النفقة، قال: وما نُقِل مخالفاً لما ذكرناه فغيرُ معتمد. انتهى.

## ١٠٨٦ ـ مسألة

من أَعْسَر بمؤُونةِ زوجته أو رجعيَّته: لفقر، أو غَيبةِ مالِهِ بمسافة القصر، أو رَهْنه اللازم بما يستغرقه، أو كسادِهِ بالكليَّة ـ كما ذكره زكريا وغيره في «الفتاوى»، وهو ما بحثه الشيخان ـ وعدمِ قُدرته على الكسب اللائق، فلها فسخُ نكاحِهِ بالعجز عن النفقة، وكذا عن الكِسْوة ولو عن جُبَّةِ الشتاء وما يقومُ مَقَامها، كما أفتى به ابن الصلاح بعد فكره فيها أياماً، وعن السكنى ولو إجارةً، لا عن نحو الأواني والفُرُش ـ على المتَّجِه، وجزم به المتولِّي ـ لضعف ضَرَره، وتفسخُ بالمهر قبلَ الدخول بها، وكذا بعده إن سلَّمتْ نفسَها وهي سفيهةٌ بغير إذنِ وليِّها، كما أجاب به موسى بن الزين، أو وليِّها بغير نظرِ مصلحةٍ، كما أجاب به المُزَجَّد، وحقُّ فسخِ النفقةِ وتوابعِها في الأَمَة لها، وبالمهر لسيدها، وإذا قَبَض بعضَه: فأفتى ابن الصلاح بمَنْع الفسخ بالباقي، لعذر التقسيط هنا، لا كفسخِ الفَلَس، وتبعه الإسنوي، قال: وتوقَّف فيه ابن الرِّفْعة، وجزم به البارزي ببقاء حقِّ الفسخ به، أي: ويستردُّ المقبوضَ، قال زكريا: وكلامُ «الروضة» ومختصرِها يوافقُهُ لِصِدْقِ اسم العجز عليه، واعتمده السُّبْكيُّ وغيره، وَجَزَم به في «العُبَاب» قالوا: لأن البُضعَ لا يتبعَّضُ.

قال الزركشي: وهذا هو مأخذُ المانعِ، فقد دار الأمر بين موجِبِ الفسخ وموجِب الإبقاء، وهو أولى لتشوُّفِ الشارع إلى بقاء النكاح، ولذلك صُدِّق العِنِّينُ والمُوْلِي في دعوى الوطءِ وإن كان الأصلُ عدمَه، ثم إنما تفسخُ المرأةُ إذا ثَبَتَ لها بالحاكم أو المحكَّم فتقيمُ حُجَّتَها، ثم يأذنُ

لها فيه أو يفسخُهُ هو أو مأذونُه لطلبها بعد المدَّة المضروبة له، ولو في غير مجلس الحكم، فإن لم تجد حاكماً أو محكَّماً وتحقَّقَت العجزَ فَسَخَت به مستقلَّة وينفُذُ ظاهراً وباطناً، كما في «البسيط» أنه الوجه، وقرَّره الشيخان، وَجَزَمَ به ابن المُقْرِي وغيره، ولا فسخَ لوليِّ صغيرةٍ ومجنونةٍ، بل يُنْتَظَرُ كما لُهما، ونفقتُهما في مالهما، ثم على من يَمُونُهما لولا التزويج، وحقُّ الفسخ بالمهر فوريٌّ بعد الدَّفع[1] إلى القاضي، وقبلَه على التراخي، وبالنفقة على التراخي، بل لو رضيتْ بإعساره بها أو أسقطَتْه لم يَسْقُطْ، لكن تَستأنفُ له مدَّةَ الضربِ الآتيةَ، ومن غاب زوجُها وعُلِم إعساره وهي في طاعته فلها الفسخُ بنفقتِها كما في الحاضر.

## ١٠٨٧ ـ مسألة

لا فسخَ إلا بعد أن تَضرِبَ مدةَ التربُّص ثلاثاً، ثم تفسخُ في الرابع إن لم يَصِلْها منه شيء، وإذا كان موسِراً بدون مسافة القصر فلا فَسْخَ، بل يُراجَع لينفقَ، فإن امتنعَ قَهَرَه حاكمُ بلده بكتابِ حاكمِ بلدها إليه ببيان الحال، وإن كان بمسافةِ القصرِ فكذلك على المذهب، وفيه وجهٌ: أنه يُفْسخ به، ويكون تعذُّرُ الإنفاق كعدمِ المالِ كما لو كان حاضراً ومالُهُ غائبٌ بها، وهو أرجح دليلاً، واختاره القاضي الطبري وابن الصباغ[2]، وقال الرُّوْياني وصاحب «العُدَّة»: إن المصلحةَ: الفتوى به، وقال ابن الصباغ: الفتيا على أن تَعَذُّرَ النفقةِ لعدم المال، أو تعذُّر الأخذ منه بحاكم أو بغيره، مع يَسَاره وإعساره، وعلمِ المالِ وجهلِهِ: مثبِتٌ للفسخ،

(١) كذا. ولعله: بعد الرفع؟

(٢) على الحاشية: «في نسخة: ابن الصلاح».

وهو الأصحُّ عند الغزالي، وأفتى بما قاله جَمْعٌ من اليمن، ونُقِل عن أحمد بن عُجيل، وفي «العُبَاب» إنه المختار، وقال الغزالي في «فتاويه»: إن قَدَرَ الحاكمُ أن يقترضَ على الغنيِّ الغائب إلى أن يُكَاتِبَه: فَعَل، فإن لم يَثِقْ بإعادةِ القَرْض إليه وكانت المدَّةُ تَطُول في المكاتبة وَرَأَى الفسخَ أصوبَ: فله ذلك، وعلى ذلك جَرَى في «الأنوار»، فإن انقطعَ خبرُهُ ولم يُعْلَمْ موضعُه فأَفْهَمَ كلامُ المُطْلِقين أن حكمَه كالمعلوم، وقال صاحبا «المهذَّب» و«الوافي» وغيرهما: هو كمن عُلِم عدمُهُ، فيفسخُ، ونقله الزركشيُّ ثم زكريا وأقرَّاه.

ثم العبرةُ في الدعوى على الغائب بذِكْره بما يميِّزُهُ عن غيره، فإن لم يُعرفْ هناك إلا بزوجِ فلانة بحيثُ يُطْلَق عليه بلا مشارك: كَفَى، وفيمن يتولَّى الفسخَ بالقاضي المتولِّي من صاحبِ شوكةِ المكان، فإن كانتْ لجماعةٍ اعتُبِرَ اجتماعُهم على توليته، فإن تولَّى ذلك مَن له الشوكةُ بتعريفِ عالمٍ يُعْتَمد: نَفَذَ، وإن لم يكنْ ثَمَّ شوكةٌ: رُجِعَ إلى أهل الحلِّ والعقد، وهم رؤساء الموضع وعلماؤه، فيُقيمون عارفاً يقوم بذلك، وإلا فعلت بنفسها كما سبق، قال الغزالي: وإذا فُسِخ بإعسارِ غائبٍ فقَدِم وادَّعى اليَسَار بمالٍ خفيٍّ: لم يؤثِّر، إلا أن يثبتَ بعلمها به، وتَبِعه غيره، وجزم به في «العباب»، وَنَظَرَ فيه الأذرعي إن قُلْنا اليسارُ مانعٌ مع تعذُّر الإنفاق منه، كما ذكر آنفاً.

## ١٠٨٨ ـ مسألة

مِن امتنعَ أو غابَ وله مالٌ أُنْفِقَ منه على مَنْ عليه نفقتُهُ من زوجةٍ وقريبٍ ممن طَلَبَ ذلك من الحاكم، ولكلٍّ الأخذُ منه بالعدل بلا حاكم، ومن غابَ منهم ثم حَضَر لم يقاسِط بما مضى، ويُقَسَّطُ إن ضاقَ بحسَب

الطالبين، وإن ظَهَرَ له غريمٌ قُدِّم بدَيْنه بعد نفقتهم اليومَ الحاضر، وكذلك إن مضتْ مدةٌ لم يُنْفَقْ فيها [على] زوجته فتصير دَيْناً تُقَدَّمُ وتُشارِكُ الغرماءَ، وإذا نَفِد المالُ بالإيفاء أو الإنفاق: فلها الفسخ بالإعسار، على ما سبق، بل لو وقع لها دَيْنٌ عليه من نفقةٍ أو غيرها وأثبتت بالإعسار ثم فَسَخت، ثم ادَّعتْ له مالاً لتستوفيَ منه سُمِعتْ دَعواها، ولا يمنعُها ما ادَّعت من إعساره، لإمكان طُرُوِّه أو كونِهِ مرهوناً ونحوه إذ ذاك ـ قاله زكريا.

## ١٠٨٩ ـ مسألة

على الأمِ إرضاعُ ولدِها اللِّبَأَ ولو بأُجرة المِثْل إن طلبتْها، ولها الامتناعُ بعده إن وُجد غيرُها تُرْضِعه وهو أو أبوه مُوْسِر، ولها إرضاعُه بأجرة المثل، ولا يجوزُ منعُها إلا أن تُوجدَ متبرِّعةٌ به، أو راضيةٌ بدونها، أو كانت مزوَّجةً بغير الأب فله منعُها إن لم تَستأْجرْ له قبل عَقْده، ويجيء فيه ما سَبَقَ في الفسخ، وتَسقُطُ نفقتُها إن نَقَصَ الاستمتاع، وإلا إذا كان أحدُهما رقيقاً فلسيده أو لسيدها منعُها، والأجرةُ فيما له، وإلا فعلى مَنْ عليه نفقته.

## فصل
## في نفقة الأصول والفروع

هي واجبةٌ وإن بَعُدوا: إنِ احتاجوا ولا كسبَ لهم لائقٌ، أو كانَ وهو يَمنعُ من تَعَلُّم العلمِ الواجِبِ عليه شرعاً وهو يَطْلُبُهُ، كما أفتى به زكريا، وهي: قَدْرُ ما يُقيمه لتردُّده، لا المبالغةُ في إشباعه، ويجبُ مسمَّاه كما صرَّح به في «الإبانة» وابن يونس، وقرَّره زكريا، وأفتى به ابن عُجيل،

وكلام الأكثر يُفْهم دون ذلك، وتجبُ كِسوةٌ وسُكْنى لائقان به، وخادمٌ إن احتاجه لنحو مرضٍ، ومداواتُه، ولا يَملكُها إلا بالانتفاع، فإن تَلِفتْ بيده قبلُ: ضَمِنها، وحقُّ إنفاقِهِ باقٍ، ويجبُ كسبُها وبيعُ ما يباعُ للدَّيْن فيها، كذا أطلَقوه، ورجَّح النووي أن الأصلَ الكسوبَ إذا تَرَكَ الكسبَ مع قدرته على اللائق: تجبُ نفقته، وقوَّى الأذرعيُّ خلافَه، ولعل الوجوبَ ـ إنْ قيل به ـ مُنَاطٌ بيَسَار الولدِ بمالٍ غيرِ سُكْناه وخادمِه، لا بهما، ولا بكسبٍ لأن الأصلَ هنا مقصِّرٌ بتركه مع الإضرار بالفَرْع، ولأن إطلاقَ الإيجابِ يؤدي إلى أن يقولَ: يبيعُ الولدُ مسكَنَه ليكتريَ به مسكناً لأصله ويبقَى هو بلا مسكن! وهو خلافُ قوله ﷺ: «ابدأْ بنفسِك، ثم بمنْ تَعُولُ»[1]، وللأبِ تكليفُ ولدِهِ الكسبَ اللائقُ، فإنْ تركَه فليس له تضييعُه، والأوجهُ ـ كما قال زكريا ـ وجوبُ أُدْم مُعِفَّةِ الأبِ، وسكناها وخادمِها إن وَجَبَ، خلافاً لمن لم يُوجبْها، وقدرةُ الأمِّ أو البنتِ على التزوُّج المُغْني مع الامتناعِ منه: لا يُسقطُ النفقةَ، وإعسارُ زوجِ الكاملةِ بها يُسقطُها عن القريبِ ما لم تَفْسخ، وكذا الأَمَةُ التي سلَّمت ليلاً ونهاراً.

(١) لا يعرف بهذا اللفظ، وفي صحيح مسلم: كتاب الزكاة ـ باب الابتداء في النفقة بالنفس ٧: ٨٣ من حديث جابر: «. . ثم قال ﷺ: ابدأ بنفسك فتصدَّقْ عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك. .». فلفظ «ابدأ بنفسك»: ثابت، كما أن لفظ «ابدأ بمن تعول» ثابت في صحيح البخاري: كتاب الزكاة ـ باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى. . ٣: ٢٩٤ (١٤٢٦) من حديث أبي هريرة، (١٤٢٧) من حديث حكيم بن حزام، وأما الترتيب المستفاد من لفظ المؤلف: ثم بمن تعول: فمستفاد من لفظ مسلم الذي ذكرته أولاً. على أن أول من يعوله الإنسان نفسُهُ التي بين جنبيه، ونقل المناوي في «فيض القدير» ١: ٧٥ (٤٧) عن الشافعي رضي الله عنه قال: يقدِّم الرجل «نفسَه، فزوجتَه، فولَدَه الصغير أو المجنونَ، فأمَّه، فأباه، فولدَه المكلَّفَ، فجدَّه، فأبا جدِّه وإن علا». وسيأتي مثله مفصلاً تحت المسألة الآتية ١٠٩٢.

## ١٠٩٠ ـ مسألـة

حيثُ كان للمحتاج أصلٌ وفرعٌ قادران: فهي على الفرع وإن سَفَل، أو أصلان: فعلى الأبِ، ثم أبيه الوارثِ وإن علا، ثم الأمِّ، ثم الجدودِ غيرِ الوارثين والجدَّات، فإن اجتمعوا أو كانوا فروعاً: فعلى الأقربِ إليه وإن لم يكن وارثاً، فإن استَوَتْ درجتُهُما والوارثُ أحدُهما فقط: فعليه، كأبي الأبِ مع أبي الأم، أو ابنِ الابنِ مع ابنِ البنتِ، وإن وَرِثاهُ أنفقا، ثم هل يستويان في قَدْره أو بحسَب إرثهما؟ وجهان، رجَّح استواءَهما الزَّرْكشيُّ والخُوَارَزْمي وغيرهما، وَجَزَمَ به ابن المُقْرِي في «روضه»، وصحَّحه القُوْنَوي، وصحح صاحب «العجاب»[1] الثاني، وجزم به في «الأنوار» وله وجه أيضاً، وإن وَجَدَ المنفقُ ما يكفي البعضَ فقط: قَدَّمَ الأَوْلَى وهو الزوجة، ثم ولدَه الصغيرَ أو المجنونَ، ثم أمَّه، ثم أباه، قال البُلْقيني: فإن كان زَمِناً أو مجنوناً: ساوى الولدَ الصغيرَ، ثم ولدَه المكلَّف، ثم جدَّه، ثم أبا جدِّه وإن علا، وإن كان الأبعدُ زَمِناً: قُدِّمَ، ولو تَساوى اثنان في درجةٍ استويا، ويُقَدَّم وارثٌ على غيره، كابنِ بنتٍ مع بنتِ ابنٍ، وأبي أمٍّ مع أبي أبٍ، يُقدَّم الأخيران، ونحو رضيعٍ ومريضٍ على غيره، وَيَستوي جدَّان أحدُهما عصبةٌ والآخَرَ أقربُ.

وذكروا في الإعفاف: تقديمَ العصبةِ وصحَّحه الإسنوي هنا، وتُقَدَّمُ جدةٌ على جدٍّ في درجتها، وهي أولى إن وَرِثَتْ مع مساواةِ جدٍّ أقربَ منها لا يرثُ، أخذاً من مسألة الجدَّيْن، وتُقَدَّمُ جدةٌ من جهتين، وفرعٌ من جهتين على مثلِهِ من جهته إن استَوَيا درجةً، وإلا فالأقرب، ولو استوى جماعةٌ وزِّع الموجودُ عليهم إن سَدَّ مَسَدّاً، وإلا أُقْرِع، هذا حاصلُ ترتيب

---

(١) كذا بالجيم!.

«الروضة» ومن تَبِعها، ويُسوَّى بين ابنٍ وبنتٍ ونحوهما، وفي فرعٍ نازلٍ وجدٍّ مرتفعٍ: القياسُ تقديمُ الضائعِ والصغيرِ، ثم الأقربِ إدلاءً بالمُنْفِق، فإن استووا فالأصلُ، هذا ما ظَهَرَ لي ويُنْظَر فيه، وإذا وُجِد اثنان مثلاً لأصلَيْنِ اشتركا في إنفاقهما، فإن عَجَزَ عن نفقةِ أحدِ والديْه وله ابنٌ موسِرٌ فعلى الابنِ نفقةُ الأب، لأن الأمَّ مقدَّمةٌ في حقِّ أبيه، وعلى المبعَّضِ نفقةُ أصلِه الحرِّ إن احتاجَ، على ما رجَّحه النووي، وفي عكسه يلزمُ القريبَ قدرُ الحرِّ منه.

## ١٠٩١ ـ مسألة

للأمِّ الإنفاقُ على طفلها من ماله، ولو لم يأذنْ لها قاضٍ في الأصح، فإن حَضَر أبوه قال الأذرعي: فينبغي أن لا يجوزَ لها إلا بإذنه إلا أن يمتنعَ، ولعله مرادُهم، وكذا لها الرجوعُ بما أنفقتْ عليه من مالها بقَصْدِ الرجوعِ في ماله حيثُ غابَ مالُه أو تعذَّر الإنفاقُ عليه منه حالاً، بشرطِ أن تُشْهِدَ على الإنفاقِ وقَصْدِ الرجوع، فإن لم تُشْهِد لم تَرجعْ على الأقرب من وجهين أرسلَهما الشيخان، وَاستَقْرَبَ الأذرعيُّ الرجوعَ حيث عَدِمَتِ الشهودَ، والظاهرُ جوازُه لها باطناً حينئذٍ لعذْرها، وحيثُ جازَ لها الإنفاقُ من مالها لترجعَ جازَ لها الاقتراضُ إن كانتْ وصيةً أو أَذِن لها القاضي، فإن لم يأذنْ أَشْهدت إن فَقَدَت القاضيَ وَرَجَعَتْ، فإن وُجِد ولم يَأْذَنْ فهل لها ذلك؟ وجهان، جَزَم في «الإرشاد» بجوازه، وصحَّح غيرُهُ المنعَ.

وإذا كان الطفلُ في نفقةِ أبيه الموسِر فغابَ، أو امتنعَ وهو عند أمِّه، فلها الإنفاقُ عليه بقَصْدِ الرجوعِ على الأب والإشهادِ، فيلزمُهُ بـدلُ ما أنفقتْ، ولها أن تقترضَ عليه، كما سبق في مال الطفل، فإن وَجدتْ

له مالاً: فلها الإنفاقُ منه، وإن وَجَدَتْ غيرَ جِنسِه لتعـذُّر الجنس، كالظافر، وإن لم يأذنْ لها قاضٍ، فلو أن القاضيَ أمرَ منْ يدفعُ إليها درهماً كلَّ يومٍ للطفل لترجعَ به في ماله إذا حَضَر، أوعلى أبيه: جاز، فلو دامَ الرجلُ على دَفْعه بعد حصولِ المالِ بناءً على الأمر جاهلاً بالحال: لم يسقُطْ حقُّه، ويكونُ على الحاكم إن لم يَزِدْ على حاجةِ الولد، فإن كان هو يُعْطي الأمَّ أيضاً: فكذلك إن كان العطاآنِ قَدْرَ حاجته، فإن زاد عليها فالزائدُ على الأمِّ، لأنها متعدِّيةٌ بصَرْفه عليه، نَقَلَه بعضهم عن أبي شُكَيل، وبعضُهم عن موسى بن الزين.

## ١٠٩٢ ـ مسألـة

أجاب موسى بن الزَّين أن الأمَّ إذا أرضعتْ طفلَها من غيرِ طلب أجرةٍ: لا أجرةَ لها، فإن طلبتْها فسكتَ الأبُ ولم تَزَلْ تُرْضِعه استحقَّتْ عليه أجرةَ المِثْل لِمَا بعد الطلب.

## ١٠٩٣ ـ مسألـة

أفتى القاضي حسين بأن من أنفقَ على طِفْله ـ والطفلُ معه ـ ولم يُعْلَم أهو يُنفقُ عليه منه أم من مال نفسِه، ومات الأبُ عن أطفالٍ غيرِهِ: أنه يُحمل على إنفاقِهِ من مالِ الطفلِ احتياطاً للآخرين، مع أنه مأمون، وكذا أفتى البُلْقيني بمثله في إنفاقِهِ على الصبيِّ وعلى ما له وَخَدَمه، ولا يُحْتاج ليمينِ الصِّغارِ، قال موسى بن الزين: ولا يبعُدُ تحليفُ بالِغي وَرَثَةِ الأبِ، كما تقتضيه قواعد الفقه: أنه أنفقَه من مالِ الطفل، قال: وذلك مفروضٌ في مالٍ عينٍ للطفل، فإن كان له دَيْنٌ عليه فلا بدَّ من دعواهم أنه قَبَضه له ثم أنفقَه عليه، أو نحو ذلك، ويحلِّفون عليه كما دلَّ

عليه فتوى ابن ظَهِيرة وغيرِهِ، واقتضاه كلامهم في دعوى الإنفاق.

## فصـــل
## في الحضانة

هي حقٌّ لا يُتْرَكُ بالعِوَض، ولصاحِبِهِ تركُهُ فينتقلُ لمن يَليه، وله أُجْرةُ مِثْلِهِ إنْ طَلَبَها من مال المحضون، ثم من عليه مُؤَنُه، فإن لم تَجِدْه الأمُّ أوِ امتنعَ وَأَشْهَدَت على الطلب، ولا رَفَعَتْه لحاكمٍ فالصوابُ ـ كما قال الأزرق ـ ثبوتُ حقِّها إن لم يكنْ حاكمٌ، وإلا فلا، أي: إن أمكَنَها، وأطلقَ بعضُهم الوجوبَ، وبعضُهم سقوطَها كنفقة القريب، فإن قال لها الحاكم حينئذٍ: أَرْضِعِيه واحْضُنيه ولكِ الرجوعُ على الأبِ: ثَبَتَ ذلك وإن لم يَعْقِد به إجارةً، ذكره الجَمَال في شرح «التنبيه»، وأقرَّه في «النفائس»، قال الماورديُّ: ويجبُ مع حقِّ الحضانة إخدامُ من تُخْدَم عادةً بمملوكٍ أو أجيرٍ، وليس ذلك على الحاضنة إن كان مثلُها لا يَخْدِمُه، قال المُزَجَّد: وأوهمَ وجوبُه عليها إن كانت أهلاً، والظاهرُ وجوبُهُ على الأب مطلقاً، لأنه من كفايته.

## ١٠٩٤ ـ مسألـة

مما يمنعُ الحضانةَ ابتداءً ودواماً: الفسقُ، ولا يُشترطُ ثبوتُ العدالة، بل يكفي ظاهرها حتى يثبتَ ضدُّه، نعم من أراد إثباتَها بالحاكم احتاجَ لبيِّنةٍ بها، كما اعتمده النوويُّ في «فتاويه»، قال أبو شُكَيل: وَنَقَلَ لي ثقةٌ من كبار أصحابنا أنه حَضَرَ مجلسَ قطبِ الدين إسماعيلَ الحضرمي أيامَ قضائه بزَبِيد، فأبقى أمَّ طفلٍ على حضانته مع عدمِ عدالتها ونزاعِ أبيه لها، وقال: هي أشفقُ به، وله مَسَاغٌ فيمن ينظُرُ أصلَ المعنى، سيَّما في

تاركة الصلاة مع بقاءِ الصيانةِ، لعزَّةِ كمالِ غالبهنَّ، وخشيةِ ضياعِهِ وإن كانتْ القواعدُ تأباه. انتهى.

ومنها: كونُها بَرْصاءَ أو جَذْماءَ، كما أفتى به العلائي، قال: وَذَكَره لي مَنْ أثـق به عن «بحر» الرُّوْياني، وتَبِعه زكريا، قال ابن أبي شَريف: وينبغي الأخذُ به والجزمُ به في حقِّ الرضيع.

ومنهـا: العَمَى، كما أفتى بـه عبد الملك الهَمْـداني مِن أقـرانِ ابن الصباغ وتلامذةِ الماورديِّ، قال ابن الرِّفعة: وأومأَ إليه الإمامُ بقوله: الحضانةُ مراقبتُهُ على اللحـظات، وَجَرَى عليـه البُلْقينيُّ ثم ابنُهُ في «التدريب»، وَجَزَمَ به في «العُبَاب» وإن كان في «غرائب الشرحين» للأصبحي أنه غيرُ مانع، على أشبه الوجهين، وكذا في «المهمات» تبعاً للبارِزي، إذْ لها أمرُ غيرِها به، واختاره زكريـا فـي فتاوي ابن الصباغ منعه في الصغير لا الكبير، قال ابن أبي شَريف: والأوجهُ المنعُ إنِ احتاج لملاحظةٍ كأَنْ حَبا أو مَشَى وخِيفَ سقوطُه، وأفتى العلامة ابن البَزْري بأنها إن كانتْ ناهضةً لحفظِهِ ومقاومتِهِ وصيانتِهِ: فلهـا، وإلا فلا، وبحثَ ابن الرِّفْعة مثلَه، وقد بحثَه الرافعيُّ في ذات السُّلِّ ونحوه، واعتمدوه.

ومنهـا: أن يكون مغفَّـلًا ـ كما عـدَّه الجُرْجـاني في «الشـافي» وهو حسن. أو سفيهاً، كما ذكره المـاوردي والقاضي أبـو الطيب في اللَّقيط، ونصَّ عليه في الأب الشافعيُّ في «مختصر المزني» أو رقيقاً، إلا في ولد الكافر أمُّه مستولَدَة لأَبيه وأسلمتْ فيتبعُها، ولها حضانتُه إلا إن رَقَّ ثم أسلم أبوه ولو بلا أَسْرٍ وقد مَيَّز، وفي حضانة الأمِّ له إلى التمييز وجهان، والأوجه استحقاقُها، كما لو أسلما قبل رقِّه، فإن زال رقُّه وَلِيَاه.

ومَنْ بها مانعٌ أو غابتْ فلمنْ يَليها، ونكاحُها مَنْ ليس من أهل

الحضانة: مانعٌ، لا أَحَدَهم إن رَضِي وإن بَعُد، كتزوُّج الأمِّ ابنَ عمه مع وجود أبيه، فلا يمنعُها، وحيثُ لا عَصَبَة له وتزوَّج كلُّ نسائِهِ بأجانب: قال الماورديُّ: فلا تختلفُ المذاهبُ في بقاءِ حقِّهن إن أَذِنوا، وإلا فهي لأقربِ من أَذِن لها، وقال زكريا: يكونُ إلى القاضي، يَضَعُه عند من هو أصلحُ له: منهنَّ أو من غيرهن، قال الأذرعيُّ قبله: وهو المتبادرُ من كلامهم، أقول: فإن لم يكن قاضٍ أو لم ينظُر فيه، فهنَّ أولى إن أَرَدْنَه بلا شك.

## ١٠٩٥ ـ مسألـة

أولى الناس بها: الأمُّ، ثم أمهاتُها المتمحِّضاتُ إناثاً في الإدلاء: القُرْبى فالقُرْبى، ثم الأبُ، ثم أمهاتُه كذلك، ثم أبوه، ثم أمهاتُه كذلك، ثم أبوه، وهكذا، ثم الأختُ لأبوين، ثم لأبٍ، ثم لأمٍّ، ثم الأخُ كذلك، ثم الخالةُ كذلك، ثم بنتُ الأختِ كذلك، لا ابنُها، ثم بنتُ الأخِ كذلك، ثم ابنُ أخٍ لأبوين، ثم لأبٍ، ثم لأم[1]، ثم العمةُ لأبوين، ثم لأبٍ، ثم لأمٍّ ـ ورجَّح ابن الرِّفْعة ـ كالرُّوْياني ـ تقديمَ العمةِ على أولاد الإخوة والأخوات، وهو مقتضى «التنبيه» قال البُلْقيني: ويشهدُ له النصُّ ـ ثم العمُّ لأبوين، ثم لأبٍ، لا لأمٍّ، ثم بناتُ خالاتٍ، ثم بناتُ عمَّاتٍ كأمهاتهن، ثم بنتُ عمٍّ وارثٍ. كذا.

ولا حضانةَ لذكرٍ لا يَرِث، ولا لمُدْلٍ به كأبي الأمِّ والخالِ وبنتِهِ وإن وقع في كلام الشيخين ترجيحُ استحقاقِها لما قرَّراه قبلُ من القاعدةِ المذكورةِ، وأخواتُ الأمِّ من جهةِ أبيها فقط يَحْضُنَّ كما سبق وإن أَدْلَيْنَ

---

(١) في الأصل: لا لأم، وكتب على الحاشية: «في نسخة: ث لأم»، فأثبته، لظهوره.

بأبيها وهو لا يَرِثُ، لأنهن يَرِثْنَها مع قوة الأنوثة، ويَسْري ذلك إلى بناتِهن دونَ أبنائهن لذلك، وكذا أخواتُ الجداتِ الحاضناتِ بالترتيب، ثم هذا الترتيبُ في غيرِ رقيقٍ، فأمره لسيده إلا فيما قبْلَ تمييزه مع وجودِ أحدِ أبويْه فهما أحقُّ بحضانته إن كانا حرَّيْن، وكذا محضونٌ أو محضونةٌ مزوَّجٍ حيث يكون ثَمَّ استمتاعٌ، فحضانتُه لصاحبه إن كَفَاه، وكذا بنتُ المجنونِ أولى من جدَّاته لا من أبويه.

وإذا ميَّز الصبيُّ خُيِّر بين أمه وأبيه، بل وكلٍّ من هو أحقُّ بحضانته من ذكور قرابته، إلا أن يكونَ هو أنثى فالأمُّ أحقُّ بها، قاله البغوي وأقراه، ومَنَعه غيره إذا كان للقريب بنتٌ يكفلُها له، وهو ظاهر «التنبيه»، ورجَّحه المتأخرون وَنَقَلوه عن المذهب، وحيثُ اختارتْها الأنثى وجبَ حَمْل نفقتها إليها، كما يُؤخذ من كلامهم، وصرَّح به ابن عُجيل، بخلاف الابن حيثُ طلب أبوه أن يأكُلَ عنده حيثُ لا يَشقُّ فَيُجَابَ، نُقِل عن الإمام، والغزالي، وصرَّح به ابن عبد السلام، وابن الرِّفعة وغيرهم، أما غيرُ المميِّز فيسلَّم إليها مطلقاً على الظاهر، ورجَّح الشيخان في «المحرَّر» و«المنهاج» التخييرَ بين الأبِ وسائرِ الإناث التي لهنَّ حق الحضانة، وقيَّده الماوردي بمن لم تُدْلِ إلى الولد بالأبِ كأخته من أمه، وخالته، لا أمِّ الأب وبنتِه، وَجَزَم به في «العُباب» وهو حسنٌ، ورجَّح غيرهما أن الأبَ أولى فلا تخيير إلا بينه وبين الأمِّ وأمهاتِها، لِولايته، وهو مقتَضَى كلام «الإرشاد».

وإذا مَرِض الولدُ مرَّضَتْه الأمُّ ونحوها في بيتها إن اختارها، أو لم يَرْضَ الأبُ بها في بيته، وإلا ففي بيته ويَخْرج عنها، وكذا لا يمنعُها زيارةَ صحيحةٍ اختارتْه وتمكثُ قَدْر العادة، وإن مرضتِ الأمُّ وأحسنتِ البنتُ

تمريضَها: لزمَه تخليتُها لذلك إن احتاجتْه، وكذا لعيادتها، وكذا الابنُ، فإن تزوَّجت الأمُّ ورضيَ الزوجُ بزيارتها لها فكالخَلِيَّة، قال ابن الصلاح: والأوجبُ إنفاذُ البنتِ لزيارتها إن طلبتْها، فإن كَرِه دخولَها بيته وقفتْ قُدَّامَه والأمُّ داخلة بلا إطالة، وليس للأبِ منعُها من حضورِ تجهيزِها إن ماتت، ولو مات الولدُ فاختلفَ أبواه في قبرِهِ أين يقعُ؟ فالظاهر كما في «الإسعاد» إجابةُ الأب، ومن بلغتْ كاملةً فأمرُها لنفسها، والأَوْلى لها كونُها مع أبويها، وكذا الابنُ، فإن خُشِيتْ فيها الرِّيبة فلوليٍّ نكاحِها منعُها أن تَنْفَرد، ويضمُّها إليه إن كان مَحْرَماً، وإلا إلى من يَرَاه بموضعٍ لائقٍ ويلاحظُها، ويُصَدَّق في الرِّيبة بيمينه، وللحاضنِ نقلُ المحضونِ إلى وطنه معه إنْ لم يكنْ له عَصَبةٌ يريده عنده، كما أفتى زكريا بشيءٍ منه.

## ١٠٩٦ ـ مسألة

حيثُ كان المحضونُ رضيعاً وهي ذاتُ لَبَن ولم تُرْضِعه فالأصحُّ لا حضانةَ لها، وإن لم يكنْ لها لَبَنٌ فالذي يُعْطيه المذهبُ استحقاقُها بلا خلاف، كما نبَّه عليه البُلْقيني والأَذْرعي وغيرهما، إلا ما أفهَمَه إطلاقُ الشيخين في غير «المحرَّر» من المَنْع، ويكونُ لها إن أرضعتْه أجرةُ الحضانةِ والرضاع، فإن وُجِدَتْ متبرِّعـةٌ تُرْضِعه، قال الأذرعيُّ: فالمتجهُ انتزاعُهُ من الحاضِنة، يعني: إن لم تتبرَّعْ بالرضاع، وقياسُه مثلُهُ فيمن رَضِيتْ بدون أجرة المِثْلِ إن لم تَرْضَ الحاضنةُ به.

# فصــل
# في نفقة المملوكات

## ١٠٩٧ ـ مسألـة

عليه نفقةُ رقيقِهِ وكسوتُه إلا إنْ كاتَبَه ولو فاسدةً، قُوْتاً ناضِجاً مأْدُوماً أولَ الشِّبَعِ مما هو عادةُ رقيقِ البلدِ وكسوتُهم وإن زادت على العورة، فإن تَرَكُوا سَتْرَهَا وجبَ فقط، كأنِ اقتصروا عليه، ويُندبُ تفضيلُ الحَسَنة وإن لم يَتَسَرَّها على الدنيئةِ، والتسويةُ في الذكور، وإشراكُ كلٍّ فيما يَلْبَس ويأكُلُ ولو بلقمةٍ أو اثنتين سيَّما من عَالَجَه[1]، وليس له إبدالُ ما قد بَذَلَه له في وقتِ الأكلِ، ويجوزُ قبله، وعليه ماءُ طهارتِهِ الواجبةِ، قال في «العباب» لا ثمنُهُ في السفر، أي: فيتيمَّمُ لعَدَمِهِ، ولا يمنعُها إرضاعَ ولدِها منه أو مملوكَه إلا وقتَ الاستمتاع بها إن شاءه وضمَّه غيرُها، وله تكليفُها إرضاعَه وكذا غيره، وتعجيلُ فِطامه وتأخيرُهُ ما لم يُضِرَّ به أو بها.

وله مُخَارَجَةُ[2] رقيقِهِ على مقدورٍ من كسبه يَحتملُهُ، وتركُ ما زاد له يتصرَّفُ فيه كالحرِّ، وكأنه إباحةٌ له برضاهما، ونفقتُه من حيثُ عُيِّنَتْ، ولا يكلِّفُه ما لا يُطيقُ الدوامَ عليه دواماً، وله تكليفُهُ ذلـك في بعض الأوقات كيوم أو يومين، وعليه إراحتُهُ في قَيلولة الصيف وغيـرِ وقتِ الاستعمال عادةً، وله إعمالُهُ طَرَفي الليل إنِ اعْتِيدَ، وهل للوليِّ مخارجةُ رقيقِ محجورِهِ؟ الظاهرُ نعم إن وَثِقَ به بما يقتضيه حالُهُ، لأنه لا تُمكِنُه مراقبتُهُ وإن كانت تشبه الإباحة، وإن وَجَدَ نصٌّ بخلافه فهو أولى.

---

(١) أي صنع لها هذا الطعام وطبخه له.

(٢) أي: أن يأذن السيد لرقيقه بالعمل ويشترط عليه أن يأخذ منه قسطاً من كسبه وغلَّته.

## ١٠٩٨ ـ مسألة

وعليه كفايةُ دابَّته بأولِ الشِّبَع والرِّيِّ، كما في «العُباب»، أو تَخْليتُها للرَّعْي إن كفاها، وإلا فعليه التكميل، وإلا فيبيعُها أو يذبحُها إن حلَّت، فإن كانتْ لا تُمْلكُ كالكلب فإما أن يكفيَها، أو يَدفعَها لمن تنفعُه، أو يُرسلَها، قاله الأذرعي؛ وله غَصْبُ علفٍ لها، وخَيْطٍ لجرحها إن لم يَجِدْه، ولا يكلِّفُها ما لا تُطيق دوامَه، وحيثُ زَمِنَتْ أو مرضتْ أدام إنفاقَها حتى تتخلَّص، حتى لو كان له شاةٌ وكلبٌ حلال اضطرا: وَجَبَ ذبحُها له، كما جزم به الشيخان في الأطعمة وتَبِعوهما، قالوا: وله الأكلُ منها، وأطلقوا جوازَ غَصْبِ ما يحفظُ روحَ الكلب من مالِ غيره، فشمِلَ جوازَ أخذِ شاةِ غيرِه ليذبحَها له، وبه جَزَم في «العُبَاب»، لكن في باب التيمم من «المجموع» عن القاضي حسين في أصل المسألة وجهان، وأن الأصحَّ منعُه، لأن للشاة روحاً يُحْتَرم؛ ويَحْرُم حلبُ لبنٍ يُضرُّ بالدابةِ أو بولدِها، قال الرُّوْياني: أي: بقَدْرِ ما يُقيم حياتَه، وقال غيره: يجبُ رِيُّه، قال الأذرعي: وهو الصوابُ الموافقُ لكلام الشافعي والأصحاب، ولعله أوَّلُه، كما في غذاء الكبير.

ويجبُ حلبُ ما يَضُرُّها، ويسنُّ أن لا يَسْتَقصيَ، وأن يقصَّ ظُفُرَه، فلو كانت تُدِرُّ بنفْخ فَرْجها: قال الأزرق: حَرُم إن ضرَّها، وإلا فلا، ويحرُمُ جز صوفِها وَحَلْقُه من أصلِهِ لأنه تعذيبٌ، قاله الجُوَيْني، ونصَّ الشافعيُّ في حَرْمَلَةَ على الكراهة، قال الزركشيُّ: ويجوزُ إرادتُهُ التحريمَ، وبه جَزَمَ في «العُباب»، ويجب إبقاءُ ما يَحتاجُ النَّحْل من العَسَل في الكُوَارة إن احتاجتْه ،قال الرافعي: وقد قيل: تُشْوَى دَجاجةٌ وتعلَّقُ ببابها فتأكلُ منها.

## ١٠٩٩ - مسألة

يكرهُ دعاءُ الإنسان على ولدِه وما يتعلَّق به، للنهي عنه، ولا يكرهُ تَرْكُ زرع الأرض وغرسها، ويكره تركُ سَقْيها، وعِمارةِ بنائه ونحـوه لئلا يَخْرَبَ، وعلى الوليِّ مراعاة مصلحةِ محجورٍ له ذلك، ومن حقِّ الحيوان جمعُ الذكور والإناث وقتَ الإنزاء، ويكرهُ إنزاءُ الحُمُر على الخيل، ويحرُم إنزاءُ الخيلِ على البقرِ، لكبر الآلَة، والتَّحْريشُ بين البهائم.

## بـاب الجنايات

يجبُ القِصاصُ بتعمُّدِ فعلِ ما يؤثِّر في النفْسِ أو غيرها مما يُقْتَصُّ به، وعينِ الإنسان بغير حقٍّ، ولا شبهةَ مع تكافئهما، كَغَرْزِ إبْرةٍ في مَقْتَل: كدماغ، وعينٍ، وخاصرة، وأصل أُذُن، وحَلْق، وثُغْرة نَحْر، وباطن ذَكَر وأُنْثَيَيْنِ وَمَثَانة -وهي مقرُّ البول-، وأَخْدعٍ -وهو عِرْق العُنُق-، وعجان- بكسر أوله ما بين الخُصْيَتَيْن والدُّبُر-، وكذا في غيره إن بالغَ في الغرْز فتألَّم واتصل بموته، وكضَرْبِ ضعيفٍ، أو لكْمِه، أو جَرْحه في مَقْتلٍ، أو اتصلَ ألمُهُ به، والخَنْق كذلك، وكَسَقْيه سُمّاً يقتلُ غالباً أو كثيراً واتَّصل ألمُهُ، أو حَبْسِه بحيثُ لا يَدفعُ جوعَه أو عطَشَه، أو بَرْداً - ولو بطلب الدافع لها - مدةً يموتُ به غالباً، فمات به، وكذا طَرْحُ ضعيفٍ في مَفَازةٍ لا يَنْجو فيها غالباً من ذلك، كما استثناه الأذرعيُّ من إطلاقهما عدمَه، وكجرحٍ اتصل به مرضٌ يُحَال عليه الهلاك معه فمات منه، وكحَبْسه في دُخَان أو ضمِّه فمَه، أو جَعْل شيءٍ يمنعه النفَس، ومنعِهِ ربطَ فَصْدِه، وَرَبْطَ سَرارِ[1] صبيٍّ بعد قطعه إن عُلِم كونُه قاتلاً غالباً، نعم إن حَضَرَ غيرُهُ وأمكنَهُ ربطُه فلم يفعلْ انتهضَ ذلك شبهةً في دفع

---

(١) ينظر «سَرار» في كتب اللغة، والمعروف فيها: سَرَر وسُرُر.

القصاص؛ لأن رَبْطه حينئذٍ فرضٌ على كلٍّ، وفيه دِيةُ شِبْهِ العمد على عاقلتِه وشدةُ الزَّجْر والتعزير.

ومن العَمْد: رميُهُ فيما لا يخلُص منه، ورَبْطُه عندما يزيد[1] غالباً فزادَ فقتلَه، أو ألقاه على سِكِّين يعلمها، أو عند ضارٍ: سَبُعٍ أو مجنونٍ في ضيق، أو أَمْر أعجميٍّ يعتقدُ وجوبَ طاعته أو مجنونٍ أو صبيٍّ لا تمييزَ لهما بقَتْله ونحوه، حتى لو أَمَرَهم بقتلِ أنفسِهم ففعلوا: لزمه، وكذا بفتح عِرْقِ فَصْدٍ بهم جَهِلوا الموت، به، أو سرقةِ أو إتلافِ مالٍ، ولا يتعلَّقُ بهم ضمانٌ أصلاً بل هم كالآلة، ولا بمن أَمَرَ غيرَهم بلا إكراهٍ، لكن يعزَّر بقَدْره، وكإنهاشِه حيَّةً، لا رمي أحدِهما على الآخر إلا ضاربَه في نحوِ بئرٍ تَضيقُ بهما، وكجرِّ كرسيٍّ تحت رجلَيْ مشنوقٍ، وعصرِ خُصْيةٍ، ويُقتصُّ من المُكرِه والمكرَه معاً، فإن وجبتْ ديةٌ أو اختارها: تَناصفاها، أو في أحدهما فقط: جازَ وعليه نصفُها، وهي في غيرِ العَمْـدِ على العاقلة، ومن العبدِ: في رقبته مطلقاً، وظنُّ فِعْلِ الآمر بالمأمور الفعلَ المكْرَه به كتوعُّده به لفظاً، على ما نقله الشيخان عن الإمام، والغزالي وقالا: إنه القياس، وظاهرُهما الميلُ إليه، وبـه جزم في «الـروض» و«العباب»، قال فيه: وهل الكتابُ إليه بذلك كاللفظ؟ فيه تردُّد، وَنَقَلا عن الجمهور أن الظن ليس كاللفظ.

## ١١٠٠ ـ مسألـة

ذكرنا أن الصبيَّ والمجنونَ ـ إذا أُمِرا ولا تتميزَ لهما ـ كالآلة لا يتعلَّق بهما ضمان؛ فإن قَتَلا أو أتلفا مالاً بلا أَمْر فهل يكونُ مضموناً؟ نقل

---

(١) كذا، ولعله: عند ماءٍ يزيد؟.

الشيخان هنا عن الشيخ أبي محمدٍ عدمَه وأقراه، وجزم به في «الأنوار»، وأطلق الأصحابُ في الرضاع تضمينَ الرضيعةِ إذا دَنَتْ إلى زوجةِ رجلٍ فَرَضَعَتْها بما حرَّمها عليه: مهرُ المرتَضَعة، وهو قياسُ تضمينِ الساقطِ ما تلفَ بسقوطه من غير قَصْد، وصوَّب الإسنوي ضمانَه، وجزم به في «العباب»، وسَبَق في باب الغصب اعتمادُهُ، وكذا جزم به في «الروض»، قال: وهو جنايةُ خطأٍ، وقرَّره في «شرحه»، فقضيته أن الديةَ على عاقلته؛ أما من له تمييزٌ منهما فالأصح أن عَمْدَه مضمونٌ في ماله مطلقاً.

## ١١٠١ ـ مسألة

لا قِصاصَ في الإضرار بالعين وإن كانت حقاً وأدَّتْ لموته باعترافِ العائن، وإذا عرفتْ إصابتُهُ سُنَّ غَسْلُ المَعِين بماءِ وَضوئه أو غُسالةِ ثيابه، سيما ما يلي جِلْدَه منها، وكذا غُسالةُ بدنِهِ ووُضوؤه لذلك على الهيئة المعروفة عند أهل الحديث: أولى[١]، وإذا طُلِب منه ذلك وَجَبَ عليه فعلُهُ لقوله ﷺ في حديثها: «وإذا اسْتُغْسِلْتُمْ فاغْسِلوا»[٢] نقله في «شرح مسلم» عن العلماء وأقرَّه، وَنَقَل فيه عن القاضي عياض عن بعض العلماء أنه ينبغي للإمام منعُ مَنْ عُرِف بإصابته بالعين من مداخَلَةِ الناس وأن يُحترز منه، وَأَمْرُهُ بلزوم بيته وَرَزْقُه إن كان فقيراً فَضَرَرُه أشدُّ من ضرر الثوم الذي مُنِع آكلُه من المسجد، قال: وقولُهُ هذا صحيح متعيِّنٌ، ولا يُعْرف عن أحدٍ تصريحٌ بخلافه، ويجبُ بالسِّحر إنِ اعترفَ أنه سَحَره بما يَقْتل غالباً، وإلا فإن قَصَدَه فشبهُ عمدٍ، وإلا فخطأٌ، ولا يثبتُ إلا بإقراره.

---

(١) أنظرها في «شرح مسلم» ١٤ : ١٧٢ ـ ١٧٣.

(٢) جزء من حديث رواه مسلم: كتاب السلام ـ باب الطب والمرض والرُّقى ١٤ : ١٧١.

ومن يُطَبِّبُ وهو عالمٌ فداوَى وأخطأَ لم يُضَمَّنْ. قاله ابن شريح في «ودائعه» وخصَّه ابن الصلاح بما إذا قال له العليل: داوني بهذا، قال: وإلا فيضمَّن ولم يرتضِهِ الدَّميري، وأما الجاهلُ فيضمَّن مطلقاً لحديث أبي داود في ذلك وذكر عن ابن ماجه أيضاً[1]، ونقل فيه ابن شريح الإجماع، فإن دَاوَى غيرَ مميِّز فالقصاص، وإن أعطاه الدواءَ وقال: ابلعْه، ففعل، فإن سَقَاه لبالغٍ فالديةُ عليه، أو مميزاً بإذنه أو إذْن وليه فبالدية، ويعزَّر بليغاً كذا قاله الطنبداوي.

ولمن شُتِم: الاستيفاُء بمثلِهِ أو دونَه بالصِّدْق كيا ظالمُ، يا أحمقُ ـ لقلَّة من لا يَظْلمُ نفسَه، ومن ينظرُ لكمالِ عاقبته ـ وَسَبَق في اللعان، ومن ضَرَب أو لَطَمَ ولم يتأثَّر به بدنُه[2] بأدنى كَشْطٍ: فأَمْر أدبه إلى الحاكم إذا رُفع إليه ولا يُوليه المظلومَ، ومن جُرِح بشَجَّة: فإن أَوْضَحَ العظمَ ـ بأنْ وَصَلَتْ إليه ولو بنحو غَرْز إبرة ـ ففي عَمْدها القِصاص بقَدْرها، وفيها في الوجه والرأس وعظامهما خمسٌ من الإبل، ولو في قَصَبة الأنف على ما يأتي في الدِّيات، وفي غيرهما الحكومة، ويجبُ أيضاً فيما دون مُوْضِحتها إن لم يُعْرف قَدْره منها، وإلا وَجَب، وهي خمسٌ: ما يَشُقُّ

(١) روى أبو داود في كتاب الديات ـ باب فيمن تطبَّب بغير علم ٤ : ٧١٠ (٤٥٨٦) والنسائي في كتاب القسامة ـ صفة شبه العهد ٨٠٠ : ٥٢ (٤٨٣٠) وابن ماجة في كتاب الطب ـ باب من تطبب .. ٢ : ١١٤٨ (٣٤٦٦) كلهم من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً: «من تطبب ولم يعلم منه طِبٌّ فهو ضامن». وتوقَّف أبو داود في صحته، مع أن الحاكم في «المستدرك» ٤ : ٣١٢ صححه ووافقه عليه الذهبي، وفي «سنن أبي داود» عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز تخصيصُ الضمان بالعمليات الجراحية ممن لم يتخصَّص بها، أما الوصفات الطبية: فلا ضمان، لكن أنظر «فيض القدير» ٦ : ١٠٦ (٨٥٩٦) . وانظر المسألة ١١٠٧.

(٢) أي: بدن المضروب والملطوم.

الجِلد: ظَهَرَ جانباه أوْ لا، وتسمَّى: الحارِصةَ، وداميةٌ تَدْميه، وباضِعةٌ: تقطعُ اللحم، ومُتَلاحِمة: تَغُوص فيه، وسِمْحاقٌ: تصلُ جلدةَ العظم بلا خَرْق، فيجتهدُ القاضي في قَدْرها من قِسْط المُوْضِحة، وقد اجتهد فيها القاضي الرشيد ركن الدين عبد الوهاب بن عبد المجيد طيَّب الله ثَراه، فنظم ما أدَّى إليه نَظَرُه فيهنَّ فقال شعراً:

| | |
|---|---|
| ومُوْضِحةٌ فيها من الإبل خمسةٌ | وتَقْصُر في السِّمحاق من أَرْشها إبلُ |
| وفي ضربةٍ من ضاربٍ إن تلاحمتْ | ثلاثُ عِتاقٍ يُمْضِها العقلُ والنقلُ |
| وداميةُ الكبرى: بعيرٌ ورَبْعَة | وباضَعةٌ فيها بعيرانِ يا شِبلُ |
| وداميةٌ صُغْرى مثاقيلُ ستةٌ | ورُبْعٌ من المثقال، هذا هو الأصلُ |
| وحارِصةٌ فيها مثاقيلُ خمسةٌ | وأربعةٌ في ضَرْبه مالها هَطْلُ |
| إنِ اخضرَّ واحمرَّ المكانُ الذي به | أو اصفرَّ فاسمعْ فالذي قلتُه عدلُ |
| ففي الرأسِ والوجهِ الذي قد شرحتُهُ | وفي الجسم نصفٌ منه إن ضَرَب الفحلُ |
| وفي امرأةٍ ب لشَّطر فيما ذكرتُه | وفي ضِلَعٍ مكسورةٍ إن وَهَتْ إبِلُ |
| فقِسْه طَرِياً إن أتاكَ وقل له: | تَسَمَّحْ قليلاً، هكذا قد جرى الفصلُ |

ورأيتُ ذلك بخطِّ بعضِ مشايخنا ولم يعترضْه، وزاد فيها حكومةَ كَسْرِ الضِّلَع، ولعله وقع له في قضيةٍ أداه اجتهاده فيها، لما ذكروا أن في الضربِ المغيِّرِ للَّونِ أرشاً، ولم أره لغيره، ولعله أرشُ أولِ الحارِصة التي لا يظهرُ فيها جانباً الجِلْد، وذكر الداميةَ ثنتين، وقد ذكره غيره، فالكُبْرى: ما يقطُرُ فيها الدم، والصغرى: ما لا يقطُر، وتسمَّى: الدامعة ـ بالمهملة[1] ـ، وذِكْرُ الدنانير بيانٌ للقدر المقابِلِ لها من الإبل في عُرْف

(١) في «المصباح» مادة د م ى: «وشَجَّة دامية: للتي يخرج دمها ولا يسيل، فإن سال: فهي الدامعة» ونحوه في مادة د م ع. وهذا الذي ذكره المصنف هنا: تابع فيه إمام=

الشرع أولاً: أن البعير أولاً بعَشَرة دنانير، ثم هي مجزَّأةٌ على عددها بأسنانها، وعلى قِسْطه حيثُ حصل تبعضٌ، كما في بعض ما ذكر.

## ١١٠٢ ـ مسألة

قال الأئمة: لا قِصاصَ في كَسْر العظام، وشَمِل السنَّ وغيرها، ونقل الشيخان فيها عن البغوي وغيره، قالا: وحكى ابن كَجٍّ عن نصِّ «الأم»: إذا قال أهل الخِبْرة: يمكنُ استيفاءُ قدرِ المكسورِ منها بلا زيادة ولا صَدْع في الباقي: اقتُصَّ به، وَقَطَع به في «المهذَّب» والماوردي وغيره، وتبعهم الأذرعي وغيره، وقال الجلال البُلْقيني: إنه الذي ينبغي الفتوى به للتصريح به في حديث الرُّبَيِّع بنتِ النضر في الصحيحين[1].

## ١١٠٣ ـ مسألة

من جَنَى جنايةً فَسَرَتْ إلى النفَس أو السمع أو البصر وغيره من المعاني وجب قصاصهما إلا العقلَ إذ لا يُوثَق بذهابه بمثلها، وإن سَرَتْ إلى جسم كتأكُّلِ يدٍ وأنفٍ: لم يجبْ قِصاص السِّرَاية بل ديتُها، وللجناية الأصليةِ حكمُها، فلو اقتُصَّ بها فَسَرَتْ إلى مثلِ ما سرتْ إليه الأولى لم يكن استيفاءً، بل يبقَى أرشُ السِّراية على الجاني، وليس على المستوفي بها شيءٌ لتولُّدها من مستَحِقٍّ، بخلاف مثلِهِ في سِرايته إلى المعاني، أو

---

= الجعين وتلميذه الغزالي، وخطَّأَهما النووي في «الروضة» ٨: ١٧٩ رحمهم الله جميعاً.

(١) روى البخاري في الصلح ـ باب الصلح في الدية ٥: ٣٠٦ (٢٧٠٣)، ومسلم في كتاب القسامة ـ باب إثبات القصاص في الأسنان ١١ : ١٦٢ عن أنس، أن الرُّبَيِّع كسرت ثنيَّة جارية، فأتَوا النبيَّ ﷺ فأمرهم بالقصاص، ثم رضي أهل الجارية وَعَفَوْا.

إلى نفس الجاني بعد موت المجنيِّ عليه لا قبلَه، لأنه صفةُ الاقتصاص بها، فإذا وَقَعَ حَصَلَ المقصود.

## ١١٠٤ ـ مسألة

من انتهى في حالة الموت حتى صارتْ حركتُه حركةَ مذبوحٍ فميتٌ، يَرِثُهُ من مات بعد ذلك، ولا يَرِثُ هو أحداً، ولا يصحُّ منه إسلامٌ وكفرٌ وتصرُّفٌ، ومثلُه من قُدَّ نصفين، أو أخرجت حَشْوَتُه، أو قُطع حُلْقومه أو مَريئُه وإن تكلَّم بكلماتٍ، لأنها بغير روية الأبصار[١] ولا إدراك، حتى لو ذَبَحه شخصٌ لم يلزمْه إلا التعزير[٢].

## ١١٠٥ ـ مسألة

من ضَيَّفَ عاقلاً بمسمومٍ جَهِله أو أهداه له، أو جَعَلَ السُّمَّ فيما يغلِب تناولُه له: فلا قِصاصَ به، وتجبُ دِيَةُ شِبْهِ العَمْدِ وقيمةُ الطعام لإتلافه بطَرح السُّم فيه، وكذا لو دَعَاه لِدِهْلِيزِهِ وفيه بئر مُغَطَّاة، أو في ظلمة، أو هو أعمى، وكذا لو جاء الطبيبُ يُدَاوِي رَمَدَه فكَحَله بدواءٍ فعَمِيَ به، نعم إنْ أذن له في الدواء بذلك فلا، ومن جَعَل في الطريق حُبَّ ماءٍ فيه سُمٌّ للشُّرب: ضُمِّنَ من شربَ منه كذلك ـ لا في داره ـ وإن اعتادَ الطاعمُ التبسُّطَ معه ما لم يُقَدِّمه له، وإلا فإنْ قال: كُلْه وفيه سُمٌّ لا يَقْتُل، فمات به: فلا قصاصَ، بل ولا دِيَةَ، نُصَّ عليه، وَجَزَم به الماوردي، فإن فَعَل ذلك مع غير مميِّز: لزمَه القصاص، وأفتى عليٌّ الأزرقُ في امرأة أَعْطَتْ صبياً لا يميِّزُ نَبْقَةً بيده فأراد بَلْعَها، فاختنَق بها

---

(١) «الأبصار» متممة زائدة والله أعلم.

(٢) تقدم في باب الفرائض مسألة رقم ٨٠٧.

فمات: بوجوب دِيَته على العاقلة، أخذاً من تضمين من أَرْكَبَ صبيَّين دابةً فَتَصَادَما، على ما ذكروه، ولا يُضمَّن من حفرَ بئراً أو مَعْدِناً في مِلْكه أو مَوَاتٍ، فوقع فيه أحدٌ، أو استأجَرَ من يَحفِرُهُ فإنهار عليه، كما في «شرح مسلم»، نعم إنْ عَلِم أنه ينهارُ وجَهِله الأجير فيتَّجه ـ كما قال المُزَجَّد ـ أنه يُضَمنَّه، ولا من دعاه فَعَقَرَه كلب عَقُور على باب الدار، وإن لم يُعْلِمه به، لأنه لم يُلْجئْه إليه، ويُمْكنُ دفعُه أو الميل عنه.

## ١١٠٦ ـ مسألـة

لا يجوزُ استقلالُ المستَحِقِّ بالاستيفاء بدون إذْن الوالي، فيعزَّر إن فَعَله، إلا السيدَ والمضطرَّ لأكله، والقاتلَ في الحِرابة، ذكره الماورديُّ، قال: ومن له حدٌّ أو تعزير وهو ببادية بعيدةٍ عن السلطان فله استيفاؤُه إذا قَدَر عليه بنفسه، وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن لا يُمْنَعَ المنفرِدُ من القصاص بحيثُ لا يُرَى، سيما إذا عَجَزَ عن إثباته.

## ١١٠٧ ـ مسألـة

يجوزُ العفوُ عن القِصاص بلا دِيَةٍ، وهو أفضل، وعلى الدِّيَة وإن لم يَرْضَ الجاني، وكذا على نصفِها وأولى، وإذا أطلقَ العفوَ لم يقتضِها، نعم إن عقبه باختيارها: قال ابن كَجٍّ: وجبتْ، وأقرَّه الشيخان، فإن تَرَاخى لم يثبتْ، كما نُقِل عن النصِّ، والعفوُ عن بعضِه كَهُوَ عن كلِّه، وكذا إنْ وقَّتَه فيسقُط، وكذا عفوُ بعضِ المستحقِّين، وللباقين حصَّتُهم من الدِّية؛ ويصحُّ العفوُ من سفيهٍ، ومُفْلِس، ومريض بلا مالٍ، وعليه، وليس لهم إسقاطُهُ بعد لزومه، إلا المريضُ في ماله التبرُّع به.

## فصـــل

دِيةُ العمدِ: للذكَر الحرِّ المسلمِ مائةُ بعيرٍ، مُثَلَّثة، إناثاً، ثلاثون حِقَّةً، وثلاثون جَذَعة[1]، وأربعون حاملاً، وهي حالَّةٌ على القاتل وإن كان صبيّاً أو مجنوناً له تمييزٌ، كما مرَّ.

وقَدْرُ دِيَة شبهِ العَمْد: كالعمد، وكذا الخطأُ في حَرَم مكةَ أو شهرٍ حرامٍ ـ لا رمضانَ ـ أو بقتلِ رَحِمٍ مَحْرَم.

ودِيةُ الخطأ ـ غيرِه: بناتُ مَخَاضٍ[2]، وبناتُ لَبُونٍ[2]، وبنو لَبونٍ، وحِقاق، وجِذاع: عشرون عشرون، وهما على العاقلة[3] مؤجَّلَتَيْن.

وديـةُ الأطراف، والمعـاني[4]، والجروح المقـدَّرة معتبرةٌ بـذلك بالقِسْط، وكذا الحكوماتُ[5]، وتَحْمِلها العاقلة كالنَّفْس، وكذا غُرَّة[6] الجنين، وقيمة العبد، وأَرْش جُرْحه.

وحيثُ وجبتْ على العاقلة فإنما تَجبُ على غنيٍّ، وهو: من يَمْلكُ آخِرَ الحَوْلِ من موتِ المجنيِّ عليه أو من الجناية إن لم يَمُتْ: عشرين ديناراً، فعليه نصفُ دينارٍ حينئذٍ، أو متوسِّطٍ وهو: من يملك دونها حينئذٍ، فعليه رُبُعه، إنْ فَضَلا عن حاجتهما لمن يَمُونانِه نفقةً وكِسْوةً وسُكْنى مما لا يباعُ في الكفارة، فإن كثُروا ففي كلِّ سَنَةٍ قدرُ ثُلُثِ دِيَةٍ نفسٍ كاملةٍ،

---

(١) الحِقَّة من الإبل: ما طعن في السنة الرابعة، والجَذَعة: ما طعن في السنة الخامسة.

(٢) بنت المخاض: إذا دخلت في السنة الثانية، وبنت اللبون: إذا دخلت في السنة الثالثة.

(٣) العاقلة: هم عَصَبة الرجل وأقاربه من قِبَل أبيه، وسيأتي التفصيل قريباً.

(٤) هي نحو السمع، والبصر، إذا فقدهما المضروب مثلاً.

(٥) الجماعة العدول التي تحكُم وتقدِّر ما على الجاني من حقٍّ للمجنيِّ عليه.

(٦) الغُرَّة: هي دية الجنين، وهي عبد أو أَمَة.

كما مرَّ، فإن لم يَفُوا بذلك ففي بيت المال، وإلا فَعَلى الجاني في الأظهر، ويُقَدَّم في البذْل الأقربُ فالأقربُ إن كَفَى حتى يَستوفَى المضروب، وهم كلُّ عصبةٍ يَرِثُ بها ولو معتَقاً ومن يُدْلِي به، إلا منْ كان امرأةً أو أصلاً أو فرعاً للجاني، أو للمعتَق ولو من جهة أمه، ولا شيءَ على من أَعْسَر آخرَ الحولِ أو مات فيه: والمرأةُ في دِيَتها وأجزائها كنصفِ الذكر، وحيثُ وجبتْ على العاقلة فتُضربُ أولَ سنةٍ ثلثاها، ودِيةُ الرقيقِ قيمتُهُ، ولا يُقْبل إقرارُ الجاني عليهم، ويُحلَّفون على نفي العلم.

## ١١٠٨ ـ مسألة

أفتى الإمام أبو بكر الفُرَاتيُّ صاحبُ أبي إسحاق المَرْوَزي بجواز سَقْي الجارية دواءً يُسقِط حملها ما دام نُطْفة أو عَلَقة، وفي «الإحياء» ما يدلُّ على تحريمه بلا تصريح؛ والحرةُ الزانيةُ كالأَمَة، وكذا المزوَّجةُ والموطوءةُ بشبهة بإِذْنِ من له الحَمْل، وتوقَّف تاج الدين السُّبْكي في كل ذلك، ومع عدم إذْنهما قال: وللمسائلِ منازلُ، والنفْس مائلةٌ إلى التحريم، إلا في حَمْل الزِّنا، وعن الحنفية الحِلُّ مطلقاً[1]، أقول: وَمَنْعه في حملٍ محترَم بغير إذْن صاحبِه ظاهرٌ، لأن حقَّه ثابت، ولذلك وجبتْ له العِدَّة في الشبهة، وَسَبَقَ نحو هذا في عِشْرة النساء.

## ١١٠٩ ـ مسألة

جنايةُ الرقيقِ تتعلَّق برقبته، فيباعُ في لازمها إن استغرقَتْه أو لم يَنْفَقْ بعضُه، وإلا بِيْعَ منه بقدْرها بإذن المالك أو مع امتناعه، فإنِ اختارَ فداءَه

(١) حكم الحنفية بالكراهة، وأطلقوها، ففُهِم أنها كراهة تحريم. انظر حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٧٦، وقال: إلا أنها لا تأثم إثم القتل.

بالأقلِّ من قيمته ومن الأَرْش : أُجِيبَ فلا يباع، وله الرجوعُ ما لم يسلِّم، فإن جَنَى ثانياً قبل التسليم اشتَرَكَتِ الجنايتان فيما يجبُ، أو بعده فكجنايةٍ لا ثانيَ لها، فإن جُنِيَ عليه بموجِب مالٍ تعلَّقت به، وإن أعتقَه سيدُهُ بعدها أو استولَدَ الجاريةَ وهو موسِرٌ أو قَتَلها: نَفَذا وعليه الأقلُّ، كما سبق، ولكنْ لو جَنَى أحدُهما ثانياً لم يلزمِ السيدَ إلا تمامُ القيمة إن نَقَصَ الأول عنها، وتكون الجناياتُ كواحدةٍ ما داما حيَّيْنِ، فيتراجعُ المجنيُّ عليهم بالحصَّة، ويَردُّ من قَبَضَ أكثرَ من قِسطه ما زاد، قالوا: وحكمُ الموقوفِ كالمستولَدة، ويَفْديه الواقفُ ما دام حياً، فإذا مات ففي «الجُرْجانيَّات» أنه في تَركته، بناءً على أن المِلكَ لله تعالى، وهو الأرجح كما قال البُلْقيني، قال: والمنذورُ عِتْقُه يَفْديه الناذرُ قبله قطعاً، فإن مات عقبَ عِتْقه وَجَنى فكالموصى بعتقه، وحكْمُ لازمه ككَسْبه، فإن قلنا: إنه له فهو فيه، وهو الأرجح، وإن لم يكن كسبٌ تعيَّن أن يُعْتَق ويؤخذَ منه مؤجَّلاً، ويَحتمِلُ الحلول، ومثلُهُ المنذور عِتْقه، ولم أَرَ من تعرَّض لشيءٍ من ذلك، وهذا القياس. انتهى.

وفي «العُبَاب» في الموقوف تردُّدٌ عن المذهب في التعلُّقِ بكَسْبه أم يَفْديه وارثُ الواقفِ أم بيتُ المال، فما جزم به البُلْقيني صريحٌ في الترجيح، وحيثُ بِيْعَ الجاني فأراد السيدُ إقالةَ المشتري فيه بإِذْن المجنيِّ عليه: جاز وإلا فلا، إلا أن يكونَ أَذِن في بيعه مُسْقطاً لماله من التعلُّق بثمنه، قاله أبو شُكَيل، ولا تتعلَّقُ الجنايةُ بذمةِ العبدِ مع رقبته إذا عُتِق إلا أن يُقِرَّ بها وينكرَ السيدُ، ولا بينةَ، قاله الإمام وغيره، أي: إن لم ينكُلِ السيدُ عن اليمين وحُلِّف المجنيُّ عليه بأن حَلَف على إنكاره، وإلا إذا أقرَّ السيدُ أن الواجبَ كذا، ولم يَزِدْ، وقال العبد: هو أكثر، فنصَّ في «الأم» في الإقرار على لزومِ الزيادةِ له، وجنايةُ المبعَّض على غيره تتعلَّق بعضُها

بجزء الحريَّة، وبعضُها بالرِّق، بالقسط على ما ذُكر، فإن جَنَى على نفسه، فبقَدْر الرِّقِّ منه لا يلزمُهُ شيء، والحرُّ منه يلزمُهُ قسطُهُ من الجملة، فإن كان منصَّفاً لزمه رُبُع قيمتِهِ للسيدِ، كما أجاب به المُزَجَّد، بخلاف ما لو هَرَبَ، لا يلزم بعضَه الحرَّ شيءٌ، كما أجاب به الفتى، إذْ لا يَدَ له على الباقي.

## ١١١٠ ـ مسألة

أفتى موسى بن الزَّين في رجلٍ رجمَ طفلةً بحجرٍ فكسَرَ فَخِذها، فتعطَّل مَشْيُها لكسرة: بلزوم حكومةِ الفَخِذ، لا ديةِ المشيِ، أي: إذا عُلِم أنه لا يتعطَّل لو انْجَبَر، قال: لأن الديةَ تجبُ بالذهاب لا بالتعطُّل.

## ١١١٢ ـ مسألة

أفتى موسى بن الزين أيضاً أن شرطَ صحةِ العفوِ عن واجب الجنايةِ: أن يَعْرِفه، فلو أبرأَ عما يلزمُ بها أو عنها، ولا يَدْري ما الواجبُ: لم يصحَّ، والحقُّ باقٍ.

## ١١١٣ ـ مسألة

من صاحَ على صبيٍ، أو ضعيفِ عقلٍ، أو نائمٍ بطَرَفٍ سطح، فسقطَ لذلك منه، ضُمِّن بديةٍ مغلَّظة تَعْقِل، لا على بالغٍ، ومميِّزٍ كاملٍ، ومَنْ بالأرض فسَقَطَ، واحتَمَلَ بعضُهم ضمانَ من أُوْقِظَ وهو بطَرَفٍ ضيقٍ فسقطَ وكان مع دَهْشةِ الإيقاظ، وكالصياحِ: تهديدُ مَهيبٍ؛ ولو أَلْقَتِ امرأةٌ جنيناً بفزَعها من طَلَب والٍ، أو مَهيبٍ لها، أو لقريبٍ لها: لزمتِ الغُرَّة عاقِلَته، ولا ضمانَ إن ماتت؛ ولو صاح على دابةٍ أو هَيَّجَها فوقعتْ بمَهْلِكٍ: ضُمِّنها، وإن تَلفَ راكبٌ عليها فعاقلتُهُ، إلا إن نَفرت منه

بلا سببٍ منه، ولا عاجزاً وَضَعه في مَسْبَعَةٍ فأكله سَبُع، إلا أن يُلْجِئه إليه بمَضِيقٍ، كما مرَّ، ولا رجلاً تَبِعه بسيفٍ فألقى نفسَه في ماءٍ أو بئرٍ عالماً، فإن جَهِله أو انْخَسَفَ بهربه سَقْف: ضُمِّنه، لا إن ألقَى نفسَه على السقف، ويُضمَّن بها صبيٌّ أدَّبَه معلِّمه، أو غَرِق في تعليمه السباحةَ بإذن وليِّه، لا إنْ أَمَرَ به ليَعْبُر به في غير خَطَرٍ، في الأصحِّ إن لم يُقصِّر، ولا بالغاً عاقلاً سَلَّم نفسَه لمن يعلِّمه السباحة.

ويُضَمَّن من حَفَر بئراً، أو بَنَى في مِلْك غيره، أو مشتركٍ بلا إذْنه، أو رضاه بإبقائه، أو في شارعٍ ضيِّق أو واسع، إلا البئرَ أو المسجدَ أو السقايةَ بإذن الإمام، أو لعموم الناس، منْ وقَع فيها جاهلاً بها لعمىً، أو ظُلْمةً، أو ضعفِ تمييزٍ، أو دَهَش، ولا يضمنُ ما تولَّد من فعله في مِلكه بلا تعدٍّ كجرَّةٍ سَقَطت بالريح، أو ابتلالِ محلِّها، وحطبٍ كسَّره فطارَ بعضُه فأتلف شيئاً، ودابةٍ ربَطَها فيه فرفَسَت إنساناً خارجَه، أو بالتْ، أو قَطَعَ شجرتَه فأصابت مَنْ فيه، نعم إن كان غافلاً وعَلِمَه هو، ولم يُنْذِره ضُمِّنَه، وإن دخَلَه بلا إذنه كما ذكروه آخِرَ الصِّيَال، فإن تُعدِّى ضُمِّن، كإيقادِ نارٍ مع عاصفٍ طار بها، وسَقْيِ أرضِه فوقَ عادتها، أو وفيها جُحْرٌ يَعْلمُه فلم يَسُدَّه، ومن كسَّر حطباً في شارعٍ واسعٍ لم يضمَّن ما أصابه، أو ضَيِّق: ضمنَ، وأفتى ابن الزين بضمانِ عينِ صبيٍّ تلفتْ برأسِ رمحٍ كان صاحبُهُ ممسكَه ليلاً بطريقٍ، وجاء الصبيُّ يجري فأصابها: بديةِ الخطأِ مخمَّسةً[1] مَعْقُولةً، كهيَ فيما ضُمِّن من آدميٍّ، بما ذكر آنفاً، ويضمنُ كما ذَكَر أعمىً تَرَدَّدَ فيه بلا قائدٍ ما تلفَ به.

ويضمنُ واضعُ قُمامةِ قشرِ بِطِّيخٍ في طريقٍ ـ وإن وَسِعَ ـ مَنْ لم

(١) أي الأصناف الخمسة المذكورة في الفصل السابق على رقم ١١١٠، وهي على العاقلة، كما قال هنا: معقولةً.

يمشِ عليه قاصداً، ومن رَشَّه أو عَجَن فيه طينة وجاوزَ العادةَ، وإلا فلا؛ وطارح دبشه فيه ـ لا على باب حانوته ـ كالعادة، ومسندُ خَشَبَةٍ لجدارِ غيره بلا إذن صاحب الجدار، وما تولَّد منه، أو بسقوطها في الحالِ لا بعدُ، والحَمَّـاميُّ وغيرُه من يَـزْلَقُ بمُلْقَاهُ في الـطريق ولم يَرَه، ولا يُضْمَنُ المطروحُ إلا أن يُضيِّقَ وهو من أوانيه لا موضعَ له غيره، ويُضمَّنُ من دَعَاه ربُّ دارٍ إليها فدخَلَ فوقَعَ على شيءٍ، إلا أن كان أعمىً وهو بممرِّه، وحيثُ حَفَرَ بئراً فأَعْمَقَها آخَرُ عُدْواناً: استويا، وإن زاد حفرُ أحدِهما، ولو طُمَّتْ، فَفَتَحَ الطمَّ آخرُ: اختصَّ الضمانُ به، ولا يُضمَّنُ بهيمةً وقعتْ فيها ولم تتأثرْ بالسقـوط، ثم ماتت جـوعاً أو قَتَلَهـا سَبُعٌ فيهـا، قال الصَّيْمَري: ولو وَقَفَا على بئر، فدفَع أحدُهما الآخرَ فجرَّه معه طمعاً في الخلاص وكان ممكَّناً بـه: ضمِنَه الدافعُ، بلا عكس، أو ليسقُطَ معه فكلٌّ ضامن للآخر، أي: لنصفِه؛ ومن سَقَط بلا دَفْعٍ في بئرٍ عُدواناً: فعلى عاقلةِ الحافِرِ، وإن زَلِقَ فيها بقشرِ بِطِّيخ أو رَشٍ من آخر.

ولو اصطَدم راكبانِ فَتَلِفا ودابتُهما: ضُمّن كلٌّ نصفَ دابةِ الآخر، وعاقلتُه نصفَ دِيته وإن غَلَبَتاهما، بخلاف السفينتين، ولو صبيَّيْنِ رَكِبا مستقلَّيْن، أو أركَبهمـا وليُّهما لمصلحتِهمـا غيرَ جَمُـوح، وإن أركَبهما فُضوليٌّ فعلى عاقلتِه الدِّيَتانِ، وعليه ما تَلِف من مال، ويضمَّنُ الوليُّ إن أركبَ صبياً لا يَسْتَمسكُ ولم يَشُدَّه، وكذا إن ركبَ بإذنه، فإن أَمَره أجنبيٌّ فعليه، وحيثُ اصطَدم صبيٌّ وبالغٌ: ضُمِّن البالغُ نصفَ المال وعاقلتُهُ نصفَ ديته، فإن أركَبَه من يضمنُهُ فعليه، وعلى عاقلتِه النصفان الآخَران، قال في «العُباب»: والظاهرُ ضمانُ نصفِ ديةِ البالغِ ونصفِ دابته على الصبيِّ أو مُرْكبِهِ تعدِّياً وعاقلتهما، ولم أَرَ من ذكره، وحيثُ وقعتْ رجلُه أو نعلُها على طرفِ ثوبِ مَنْ قُدَّامه أو نعلِه فانقطعَ: ضُمِّن نصفَ الأَرش،

لأنه بفعلهما. قاله القاضي وغيره، ويضمنُ من وضع شيئاً مُضِرّاً بين يَدَيْ دابةٍ فأكلتْه، وكذا في دارِ غيرِهِ، أو حريمِهِ بلا إذنه، فجاءتْ دابتُهُ فَأَكَلَته، وكذا في طريقٍ فجاءتْ دابةٌ فأكلتْه، قاله البغوي، ولا يضمنُ حدادٌ ما احترقَ بشرارِهِ وإن أَذِن في الدخول.

## ١١١٤ ـ مسألة

من ضَرَبَ حاملاً فوضعتْ جنيناً ميتاً لزمتْ غُرَّةٌ: عبدٌ أو أَمَة، لورثتِهِ لو وُلِد حياً ومات: فإن ولدَ حياً وماتَ بأثرِ الضربِ: فَدِيةٌ، وذلك مفصَّل في الكتب، وإذا خرجَ رأسُ الجنين دون باقيه، فضربَه ضاربٌ، وضربَ بطنَ أمِّه ضاربٌ، ووجدْناه ميتاً: نُظِر، فإنِ اتَّفق منْ يَرِثُهُ لو كان حياً ومات هو والجانِيان على من هو سببُ موتِهِ: لحقَه ضمانُه دون الآخر، وإلا فإنِ ادَّعى مَن يَرِثُهُ على ضاربه أنه خَرَجَ حياً فماتَ بسببِ ضربِك، فأنكَرَ حياتَه عند الضَرْب، حُلِّف الجاني أنه لم يكنْ حياً حين ضربه، ولا يلزمُهُ شيء، ويبرأُ أيضاً ضاربُ الأمِّ لإقرارِ المدَّعي أن الجانيَ على الجنين بما يُوجبُ الأرشَ غيرُهُ، وإنِ ادَّعى في الأصلِ أن موتَه من ضاربِ الأمِّ فأنكرَ، فالظاهر أن القولَ قولُ المدعِي، لأنه لو لم يكن من الآخر ضربٌ لزمتْه الغُرَّة بلا يمينٍ، وضربُ الثاني لم يُوجِب شيئاً، وكذا لو ادَّعى ضاربُ الأمِّ أنه كان ميتاً قبلَ الضربَيْن، حتى لا يَجبُ به شيءٌ لوجودِ السببِ الذي يُحَال عليه موتُه وهو ضربُ الأم، نعم لو تقدَّمَ ضربُ آخَرَ للأمِّ على الضربِ الذي خَرَج به الجنين: فالظاهرُ تصديقُ ضارب الأمِّ أنه حينَ ضَرَبَها كان ميتاً، لأن الأصلَ والظاهرَ معه، ولم أَرَ المسألةَ مبيَّنَةً في الكتب بعد التفتيش عنها، إلا أن هذا مقتضَى كلامِهم فيما يظهر، وفي كتاب «الأنوار» ما يُرشدُ إليه.

## ١١١٥ ـ مسألة

يثبتُ قتلُ العمدِ: بشاهدَيْن ذكَريْن عدلَيْن؛ وشبهه والخطأ: بهما، أو برجُلٍ: وامرأتين، أو يمينٍ، ويقولُ في شهادةِ ضَربه بكذا فمات بذلك ونحوه، ولا بُدَّ من تقدُّم دعوى تُفَصِّل صفتَه، فإن أجملَ: فللقاضي أن يستفصِلَه ويعيِّنَ المدَّعى عليه، فإن لم تكنْ بيِّنةٌ وَثَمَّ لَوْثٌ ـ بسكون الواو أي: قرينةٌ تُصَدِّقُ دعواه كوجوده قتيلاً في محلَّةِ أعداءٍ، أو بين جماعةٍ مزدَحِمين ـ فاليمينُ في جانب المدَّعِي، وإلا فعلى المدَّعَى عليه، وله ردُّها، وكيف كانتْ فهي للقتيل خمسون يميناً، وتُوزَّع على الـورثة المدَّعِين، ويكمَّلُ المنكسرَ، ويثبُتُ ذلك في إجْهاضِ جنينٍ من حامل وُجِدتْ بين جماعةٍ مزدحمين، فيحلِّفُ مستحِقُّ الغُرَّة، ذكره الماوردي، واقتضاه كلامُ غيره، كذا في «التدريب» للبُلْقيني، وكذا في قتلِ العبدِ، لا في طَرَفٍ ومال، وفي «الروضة» آخرَ بابِ القَسَامة وغيرها: أن الظاهر أن يمينَ الأطرافِ والجِراح أي: من المدعَى عليه، والمردودة: خمسون، وإن لم يكنْ لَوُثٌ أو لم يُثْبتها فيها، أي: كما هو الأصح، وتَبعه في «روض» المُقْرِي و«شَرْحه» لزكريا، وجزم به في «الإرشاد» وغيره.

## بـاب الإمامة

والبُغَاة: هم مخالِفُو الإمامِ بتأويلٍ لهم وشَوْكةٍ، ومنهم ما نصَّ عليه في «الأم» و «كتاب المزني»: الفِرْقتانُ من المؤمنين يَقْتَتِلان فيُصْلِحُ المؤمنون بينهما، ثم تَبْغي إحداهما، فهي باغية، وهو ظاهر القرآن، وما تُتْلِفُهُ إحدى الفئتين على الأخرى مضمونٌ، إلا ما في القتال فتلَفُه من ضرورته، وفي حكمهم: مَنْ قاتَل مع شوكةٍ بلا تأويل، ولو تَصَارعا فمات أحدُهما بفعلِ الآخَر بما يَقْتُل غالباً: لزمَه القِصاص، إذْ لا يُؤذَن في الصراع في ذلك، كمؤدِّبِ صبيٍّ أسرفَ، قاله الطنبداوي.

### ١١١٦ ـ مسألـة

يجبُ على الناسِ نصبُ إمامٍ، كاملٍ، قرشيٍّ، مجتهدٍ، فإن فُقِد قرشيٌّ متأهِّلٌ: فكِنَانيٌّ، ثم إسماعيليٌّ، ثم جُرْهُميٌّ، ثم إسحاقيٌّ، فإن وُجِد عالم فاسقٌ، وجاهلٌ عَدْلٌ، قُدِّم العَدْلُ؛ ولا يجوزُ نصبُ إمامَيْنِ إلا أن يكونَ بينهما بحرٌ يمنعُ وصولَ ضررِ أحدِهما إلى الآخر، كذا في «الأنوار» و «العباب»، وحيثُ قَهَرَ الناسَ ذو شَوْكةٍ: نُفِّذَتْ أمورُهُ ولو فاسقاً وجاهلاً، ويأثَمَ، وينعزلُ هو بقهر غيرِهِ له كذلك، وتجبُ طاعةُ الوالي في غيرِ معصيةٍ وإن كان جائراً، ونُصْحُه بالمقدور، وعليه النظرُ في أمور

الناس دِيناً ودُنيا، وترتيبُ النظام فيها، والذَّبُّ عنهم فيما يُؤذيهم، وحيثُ نَصَبَ أمراءَ أَوْ قُوَّاماً وحكاماً فلا يَنْعزِلون بانعزاله، وليس له عزلُ أحدِهم إلا لعذر، أو بأكمــلَ منه، فإن فعل نَفَذَ، قال البُلْقيني: ولو انتَصَبَ للإمامة عبدٌ عَدْل بشوكةٍ نَفَذَت، كما لو قامتْ لامرأةٍ فينفُذُ ما صَدَرَ منهما، قال: فلو قامتْ لكافرٍ ـ والعياذُ بالله ـ فهي بليَّة طامَّةٌ، وداهيةٌ عامة، ولا بدَّ من نَفَاذ أحكام النـاس، وصحَّةِ عقـودِ أنكحتهم، لكن من الحكام المسلمين الـذين نَصَبهم، ولا حولَ ولا قـوة إلا بـالله، وكـذا قـالـه الكَيْكَلدي[١] في «قواعده».

قال الإمام أحمـد بن موسى بن عُجَيـل: وإذا كانتْ قبيلةٌ لا يَـدَ للسلطان عليهم، ولهم رئيسٌ يَنْتَهي إليه أمرهم، فله نَصْبُ قاضٍ في محلِّ استيلائه وإن كان هو فاسقاً، فإن كان لهم رؤساءُ لكل موضعٍ نُصب كلٌّ في موضعه، أقول: وكذا إن كان لكلِّ رهطٍ منهم رئيسٌ فينفُذُ أمرُه على رَهْطه، قال: فإن كانوا لا يَرْجِعون لرئيسٍ فلثلاثةٍ من أهلِ الحلِّ والعَقْد أن يَنْتَصبوا لذلك، وينصِبوا حاكماً بشرط عدالتهم. انتهى، والثلاثةُ بناءً على عَدَدَ أهل الحلِّ والعقدِ بهم في نَصْب الإمام، وهو وجهٌ من ثمانيةٍ أصحُّها: اعتبارُ من يتيسَّر اجتماعُهم من العلماءِ ووجوهِ الناس.

---

(١) تقدم أن مراده الحافظ العلائي، هو خليل بن كميكلدي.

## بـاب الرِّدَّة
## نسأل الله السلامة منها ومن شرِّ الفِتن

هي أفحشُ أنواع الكفر، من موجِباتِهـا: طَرْحُ قـرآنٍ، قال في «العُباب»: أو علمٍ شرعيٍّ على مستقذَرٍ، ولو طاهر كبُزاقٍ، أو طرحُه عليهما، أو رَمْيُ فَتْوَى شرعٍ مع قوله: أيُّ شيءٍ هذا الشرع!؟ وكذا تكفيرُ مسلمٍ معتَقِداً حِلَّه، وإشارةً على مسلمٍ بكفر، أو أَبَى تلقينَ كافرٍ كلمةَ الإِسلام، أو قوله: لا تُسْلِم، وصوَّب في «المجموع» عدمَ تكفيرِهِ لهما، لا إنِ ادَّعى عليه أن لا يُسْلم، أو عكسه، ومنها: تفضيلُ الوليِّ على النبيِّ، ودعوى رفعِ التكليف مع العقل، أو أنه رأى اللَّهَ تعالى عِياناً، أو كلَّمه شِفَاهاً، أو أنه يصلُ إليه لا بطريـقِ العُبُودية، أو قال: إنه يتجلَّى في الصُّوَر الحِسَان، وقوله: فعلتُ بغير تقدير الله، وإن صَدَقَ الأنبياءُ نَجَوْنا، ولو شهدَ نبيٌّ أو: لو كان فلانٌ نبياً لم أُصَدِّقه، ولا أخافُ القيامة ـ استهزاء ـ، ومن زَعَم أنه يُوحَى إليه، أو: لا أفعلُ شيئاً إلا بإشارةٍ من السماء ـ وأراد الوحي ـ وكذا من قال: لم يَنْزلْ بالقرآنِ جِبريلُ، أو: سأَلَ أن يغفرَ الله لإبليسَ، ومن قال لشريفٍ جَدُّه النبيُّ ﷺ: لعنَ الله والدِيه ـ بكسر الدال ـ كما أفتى به موسى بن الزين.

أو: لو شهد أهلُ السماواتِ والأرضِ لم أقبلْها، وَقَصَدَ الاستهزاءَ بمن فيها عموماً من الملائكة وغيرهم، أو الأنبياء، أو قال: النبيُّ زَنْجيٌّ،

أو: زَنَجي[1] ـ بفتح الزاي والموحدة بعده ـ، أو: الله في السماء، أو الأرض ـ وأراد أن ذاتَه محصورةٌ فيها ـ أو: قَصْعةُ ثَريدٍ خيرٌ من العلم، وكذا من قيل له: أسلمتَ أو: أنت مسلم؟ فقال: لا، لا: إن جَرَى منه فُحشٌ فقيل له: أما أنتَ مسلم؟!، فقال: لا، أي: ليس صفتي صفتَه، ومثلُهُ قوله: لو شئتُ تفضَّلتُ وكفرتُ أَلْفَيْ كفرٍ، فيكفر، إلا أن يُريدَ: أفعلُ فِعل الكفرة من الإيذاء، فيعزَّرُ تعزيراً بليغاً، كما أفتى به زكريا، وفي تكفير من سَبَّ الشيخين خلافٌ.

## ١١١٧ ـ مسألة

منْ شهدَ الشهادتين حُكِم بإسلامه ولو ارتدَّ بقذفِ النبيِّ ﷺ كما صرَّح به ابن المُقْري عن الأصحاب، كما قال زكريا، لصحة توبته، فإن كَفَر بإنكار شيءٍ آخَرَ كالبعثِ فلا بدَّ معهما من الإقرار به، وكذا من خَصَّ بَعْثَ النبي ﷺ إلى العرب: يأْتِ بما يَعُمُّ صريحاً، ويكفي أن يَتَبَرَّأَ من كلِّ دِينٍ يخالفُ دينَ الإسلام؛ ولا يكفي للإسلام: أنا منكم، أو: وَلِيِّي محمدٌ، وكذا: أسلمتُ وآمنتُ إن لم يَقْرِنْ به ما ينفي الكفرَ، كأن يجيبَ به دَعْوى كُفْره[2]؛ وقولُه: أنا مسلم مثلُكم، أو من أمة محمد، أو دينُكم حقٌّ، أو: بريءٌ مما يخالفُ الإسلام، أو أقرَّ بوجوب ما كَفَرَ بإنكاره، كتحريم الخمر: إسلامٌ عند المحقِّقين. قاله الإمام، والجمهورُ على خلافه إلا مع الشهادتين، وقولُه: برئتُ من كلِّ ملَّةٍ تخالف الإسلام: لا يكفي، لأن التعطيلَ كُفْر وليس بملَّة، قال الحَليميُّ: ويَكْفي لا إلٰه ـ أو: لا رحمٰن، أو: لا بارىءَ ـ إلا الله، أو: لا إلٰه إلا الرحمٰن، أو: من

---

(١) كذا؟ والله أعلم بصوابها، وكأنها نسبة إلى قوم ذي ضَعَة، بقرينة: زنجي.

(٢) أي: ادعاء تكفيره.

آمنَ به المسلمون، أو: منْ في السماء، لا: ساكنُها، ولا: آمنتُ بمن لا إله غيرُه، وقولُه: أحمدُ وأبو القاسم رسولُ الله: كمحمـدٍ، والنبيُّ كرسول الله، لا: الرسول، ومن لم يَدِنْ بشيءٍ ثم قال: آمنتُ بالله: كفى، لا المشـركُ حتى يَضُمَّ إليه كُفْـرَه بمـا أشـرك بـه، ولا يكفي الفيلسوفَ: إن الله علَّةُ الأشياء، حتى يقـول: اختَرَعَهـا من العَدَم، ولا الطبائعيَّ: لا إله إلا المحيي المميت حتى يقول: لا إله إلا الله، ونحوه.

### تنبيـــه

ذكر القاضي أبو الطيِّب في باب الوضوء: أن من آمنَ بالنبيِّ ﷺ قَبْلَ الله: لم يصحَّ إيمانُهُ، وقال الحَليمي: إن المُوالاة بين الشهادتين ليستْ بشرط.

# بـاب حدِّ الزنا

لا يُحَدُّ[1] بوَطْءِ ميتةٍ، أو اسْتِدْخالِ ذكرٍ مُبانٍ، أو من ميتٍ، أو بهيمةٍ كالقِرْد، ويجبُ بذكَرِ نائمٍ، وَوَطْءِ مُحْرِمٍ، أو معتدَّة، أو وثنيَّة، وملاعَنةٍ، ومطلَّقة ثلاثاً، وخامسةٍ تزوَّجها، لا مجوسيةٍ، ولا مملوكتِهِ مطلقاً، ومن ظنَّها حليلتَه، وكذا من ظنَّها أَمَتَه المزوَّجةَ أو المحرمةَ أو مشتَرَكَةً، كما هو ظاهر «النهاية»، وقال ابن عبد السلام: إنه أظهرُ الاحتمالَيْن، وهما للإمام، لأنه ظنَّ ما لو تحقَّق لم يُحَدَّ، وصحَّحه في «المهمات» كظنِّه المسروقَ لأبيه، أو أن الحِرْزَ مِلْكُه، فالأصحُّ في «الروضة» أنه لا يحدُّ، وإن رجَّح هنا في هذه الحدَّ لعلمه التحريم، والفرقُ على مَنْعه أنه ظَنَّ ما لا يُحدُّ به بحال، بخلاف من عَلِم تحريمَ أجنبيةٍ وجَهِل الحدَّ، إذِ الأصلُ فيها الحدُّ، وكذا قال البُلْقيني: ظاهرُ نصِّ «المختصر» يشهدُ بمنْعه هنا، وحيثُ أسقطَه الظنُّ صُدِّق فيه بيمينه.

ولا يُسقطُه ظنُّ حِلِّ نكاح المَحْرَم بنسَب يعلمُهُ، فإن جَهِلَه صُدِّق، كما قال الأذرعي بيمينه في جهله، وكذا يُسقطُه جهلُ تحريمِ الرضاعِ على الأظهر عند المتأخرين من قولَيْن أطلقاهما، وتحريمِ المعتدَّةِ إن

---

(1) كتب أولاً: لا يجبُ بـوطءٍ، ثم كتب على الحاشيـة ما أثبتُّـه. وفي «الروضـة» ١٠ : ٩٢: «لا حدَّ في الأصح».

أمكن، لا الرهنِ ـ وإن أَذِن الراهن ـ والإجارة، والإباحة، نعم يُصَدَّق في ظنِّ الحِلِّ مع الإذن، فلا يحدُّ، ويحدُّ في نكاحٍ بلا وليٍّ وشهودٍ معاً، كما جزم به أبو زرعة في «شرح البهجة» وصاحب «العُباب»، ولا يحدُّ بالاستمناء، وهو حرام، إلا بيدِ حليلتِهِ فيكرهُ، لأنه في معنى العزل، كذا ذكروه، ومنه يُؤْخذُ عدمُ كراهتِهِ عند منعِ الوطءِ لنحو حيضٍ.

## ١١١٨ ـ مسألة

وحدُّ المُحْصَنِ الرَّجْمُ حتى يموتَ، وغيرِهِ الجلدُ وتغريبُ عامٍ إلى مسافةِ القصرِ حيثُ رآه الحاكم، ويجوزُ تقديمه على الحدِّ، ويعزَّر مَنْ سَقَطَ عنه لشُبهة، ويجوز بالتغريب.

## ١١١٩ ـ مسألة

قال القاضي: ويَحرمُ الفِكْرُ فيما يَحْرُمُ نَظَرُهُ، وأقرَّه الزركشي، قال موسى بن الزين: وليس منه تخيُّلُ وطءِ أجنبية، فإن التخيُّلَ يُشْبه الحُلْم، والفِكْر: إعمالُ النظرِ في الشيء، فالتخيُّل دونه، فالصوابُ عدمُ تحريمه، وقد سَبَقَه لذلك غيره، وَنَقَله الدَّميري وأقرَّه، قالا: ويكره، نعم إن جَزَم عزمَه على فعله أَثِم.

## ١١٢٠ ـ مسألة

من أقرَّ بزنا أو شُرْبِ مسكرٍ، ثم رَجَعَ عن الإقرار: تُرِك حدُّه، قال ابن النَّحْوي: ويُقَاس به السرقةُ بالنسبة إلى القَطْع، ولم أَرَ من ذكره، أقول: بل هو في «الروضة» في الباب الثاني منها[1]، وفيه حديثٌ في

---

(١) «الروضة»: ١٠: ١٤٣.

أبي داود بالتعريض به[1]، وهو جارٍ في كلِّ الحدود، كأدبِ المحارب، قالوا: بل يستحبُّ الرجوعُ عنه كما في سنِّ سَتْره أولاً، فإن فات السَّتْر سُنَّ له إتيانُ الإمام لِيُقيمَه، ومن أتى بهيمةً غيرَ مأكولةٍ لم تُقتلْ، لحرمةِ قَتْلها، أو مأكولةٍ ففي قولٍ: تُقْتل، وجزم به في «العُباب» قال زكريا: وهو مفرَّعٌ على القول بقتله، وهو مرجوحٌ، فَلْيعلمْ ذلك، وجَزَم في «الأنوار» بمنعه، فإن ذُبِحتْ حلَّتْ.

## ١١٢١ ـ مسألة

اللائطُ في الدُّبُر كَهُوَ في الفرج، والمَلُوطُ به حَدُّه الجَلْد وإن أُحْصِن.

ولا يُقْبل في شهادة الكلِّ إلا أربعةُ عدولٍ يفسِّرونها بما يمنعُ احتمالاً ما، ويستحبُّ لهم السَّتر، إلا أن تَقتضي المصلحة إظهارَه، أو يضرَّ غيره كأن يُجْلَدَ قاذفُه إن لم يشهدوا، وكذا لا يَكْفي الإقرار إلا مفسَّراً على الأصح، ولا يحدُّ جاهلُ حرمتِهِ لقُرْب إسلامه أو نُشُوئه بعيداً عن المسلمين، ويُمنعُ المُغَرَّبُ من نَقْل أهله معه، فإنِ انتقلوا لم يُمْنَعوا، بل صرَّح الماوردي والمُتَولِّي بجوازه إلى بلدٍ له فيها أهلٌ؛ ويُعَزَّر امرأتان أو رجلان تَسَاحَقَا، ورجلٌ وامرأةٌ أجنبيان وُجِدا تحت ثوبٍ، وإذا ثبتَ موجِبُ حدٍّ لم يَجُزْ تَرْكه، وتُحرم الشفاعة فيه، ولو أقرَّ بالزنا وادَّعى أنه قد حُدَّ ففي قبوله احتمالان للرُّوْياني، وقياسُ قبولِهِ في أداء الزكاة: قبولُهُ

---

(١) كأن يريد حديث أبي أمية المخزومي الذي رواه أبو داود في كتاب الحدود ـ باب في التلقين في الحدِّ ٤ : ٥٤٢ ( ٤٣٨٠ ) أنه عليه الصلاة والسلام أتي بلصٍّ قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، فقال له: «ما إخالُكَ سَرَقْتَ» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقُطع . . .

هنا، مع أنه يجوزُ هنا الرجوعُ أيضاً، وكذا إن ثَبَتَ ببيِّنةٍ وَأَثَرُهُ باقٍ على بدنه، ومن أُرِيد رَجْمُهُ وعليه فَرْضٌ: أُمْهِلَ لفعله، وإن أراد نفلاً آخَرَ لركعتين.

ويُسَنُّ أن يبدأَ برجْمه الشهودُ، والقاضي إن ثبتَ بالإقرار، وأن يذكَّر التوبة، وإن طَلَبَ ماءً سُقي، أو مطعوماً آخَرَ فلا، ولو قُتِل بالسيف: كَفَى وفاتَ الواجبُ، ويثبُت بإقرارِ أخرسَ يعرف؛ ويحرمُ ذِكْرُه زناه تَفَكُّهاً، ومن أُكره على الزنا لم يَجُزْ له ولكنْ لا يحدُّ، فإن كان هو الرجلَ ثبتتِ الشبهةُ بوطئه فَيَسْري تحريم المرأة إلى أصوله وفروعه، وأصولها وفروعها إليه، كوطء النكاح، كما قال الأذرعي: إنه الظاهر، وجَزَمَ به زكريا، وَنَقَل عن المتولِّي ما يَقْتضيه، ووَهَّم من ذَكَر سواه، ومثلُه لو مكَّنَتْ مراهِقاً أو مجنوناً، كما سبق في النكاح، وتُحَدُّ هي.

## ١١٢٢ ـ مسألة

من وطىءَ حليلتَه ظاناً أنها أجنبيةٌ: أَثِم ولم يحدَّ، وعقابُه في الآخرة عقابُ المجترىء على المعصية كالزاني، وكذا من شَرِب ما ظَنَّه خمراً، أو قتل من ظنَّه معصوماً فبانَ غيرَه، كذا في «العُبَاب»، وسبق في العِدَّة نحوه بزيادة، ومن أظهرَ التَّخْنيثَ بلا فاحشةٍ نُفِيَ تعزيراً.

## بـاب حدِّ القذف

لا يجبُ إلا على مكلَّف، غيـرِ أصلٍ للمقـذوف، ويُعَزَّر صبيٌّ ومجنونٌ مَيَّزا، أَدَباً، كما في قذف الكامل لغير محصَن وهو: المسلمُ، البالغُ، العاقلُ، الحرُّ، العفيفُ عن وطءٍ يحدُّ به، أو لمَحْرَمِهِ المملوكةِ، فَحَدُّ قاذِفِهِ ثمانون جلدةً، والرقيقُ أربعون، ولو شهد بزناها أربعةٌ لم يحدُّوا ولو فُسَّاقاً، أو أربعةٌ أحدُهم الزوجُ: «ردَّتْ، وحُدَّ هو قطعاً، وهم على الأصح، ولا يتولاَّه إلا بالإمام، فإن فَعَلَ لم يحصُل إلا أن يقذفَه مملوكُه، ولو عَفَا على مالٍ: سَقَطَ على الأظهر، ولا مالَ، على الأصح، كذا نُقلَ ـ أو نحوُه ـ عن الحناطي، وفي سقوطه نَظَرٌ، ولو قَذَفَ رجلٌ امرأةً ولم يثبتْ به، فغرَّمها الوالي لذلك مالاً: لزمَ القاذفَ غرمُهُ، نقله موسى بن الزَّين عن عز الدين بن عبد السلام وأقرَّه، ولو مات المقذوفُ ـ والقاذفُ وارثُه ـ: سقط، أو: مِنْ وَرَثَته: فللباقين استيفاؤُه كلِّه، وكذا لو قَذَفَ مورِّثَه الميتَ، وَسَبَقَ في اللعان أشياءُ منه.

## بـاب حدِّ شُرب المُسْكِر

مَنْ شَرب مما يُسْكِر ـ ولو مع الكثرة ـ ولو قطرةً، لا لعذرٍ: إساغةٍ، أو مستهلَكاً، ولا بلحمٍ طُبِخ، وهو يَعْلَمُ تحريمَه، أو نَشَأَ مسلماً بيْننا: حُدَّ، فإن شربه لتداوٍ، أو عطشٍ: أَثِم على الأصح، ثم قال القاضي والغزالي: لا يحدُّ، للخلاف في حرمته، وَنَقَل الإمام عن المعتبَرين: أن من حرَّمه أوجبَ الحدَّ، قال زكريا: فتبيَّن به أنه الأصحُّ مذهباً، وَجَرَى عليـه الأصفوني في «مختصر الروضة»، لكنْ مَنْعُهُ أَوْجَهُ، وبه جَزَمَ المُقْرِي في «الروض»، ويُعْذَر من جَهِل أنه خمر ويكون حكْمُهُ كالمُغْمَى عليه في الصلاة وغيرها، ولا يثبتُ إلا بشاهدَيْن، لا بريحها أو تَقَيُّؤها لإمكـان عُذْره، ولا حدَّ بمزيلٍ للعقل غير شراب كالبَنْجِ والحَشيشة، وله تناوُلُه لقَطْع عضوٍ متآكلٍ أو لتداوٍ، ككلِّ نَجسٍ: كبولٍ، ودمٍ، ولبنٍ، ومعجونِ خمرٍ، ولحمِ حيَّةٍ إذا رُجي الشفاءُ أو تعجيـلُه بعِلْمه أو بخبرِ ثقةٍ طبيبٍ، ويكون حكمُ سُكْرِهِ كـالإغماء أيضـاً، وحدُّ الحـرِّ أربعون، والـرقيقِ عشرون.

### فائـــدة

الشرابُ المسمَّى اليومَ بالقهوة المتَّخَذ من البُنِّ أو قِشْره بطَبْخها لا يَمْتري في حلِّه إلا مكابرٌ أو جاهلٌ صفتَه وأُلْبِست عليه. فقد اتَّفق على

ذلك مَنْ لا يُحْصى من أئمة العلم والدِّين من أهل اليمن والحجاز ومصر وغيرها، وصرَّح به أبو الحسن البكري في «تفسيره» في أول سورة لقمان، فإنْ أُدِيرَتْ على هيئةِ الخمر بعادة الشَّرَبة[1]: حَرُمت، بل الماءُ تَحْرُمُ إدارتُهُ كذلك، كما صرَّحوا به، نعم كَرِه بعضُ أئمتنا تسميتَه قهوةً، لأنها من أسماء الخمر، والاجتماعَ لأجله، لأن فيه صرفَ همةٍ لها بذاتها، وإنما هي مُعِينةٌ بالنشاط على ما أُريدتْ له، فلها حكمه: إن كان محموداً حُمِدت ونُدِبت، أو مذموماً ذُمَّتْ بحَسَبه، لأن للوسائل حكمَ المقاصد، كما ذكره الأئمة المقتَدَى بهم، ويُلحقُ بها القاتُ والكفتة فإن المعتمدَ حِلُّهما كما أطبقَ عليه أئمةُ اليمن من بين فقيهٍ وصوفي وَأَكَلوهما، إلا من عَظُم يُبْس دماغِه بحيثُ يتضرَّر بذلك ضرراً بيِّناً. والله أعلم[1].

## ١١٢٣ ـ مسألـة

سَوْطُ الحدودِ ينبغي كونُه معتدِلاً بين الرَّطْب واليـابس، ويَرْفـع الضاربُ يَدَه لا عَضُـدَه كلَّه، ويفرِّقُـه على الأعضاء، ولا يشـدُّ يَدَهَ، ولا يَمْنَعُ الاتِّقاءَ بها، ويَتَّقي المَقَاتِلَ والوجهَ لا الرأسَ، ويُضْرَبُ الرجلُ قائماً، والمرأةُجالسةً، فإن عكس أجزأَ وأساءَ، وَيُشدُّ عليها ثيابَها مَحْرمٌ أو امرأة، ولا يفرِّقُ الضربَ بأزمنة، فإن فعل بحيثُ زالَ ألمُ الأول لم يَجُزْ، وإلا أجزأَ. قاله الإمام، فلو ضرب اليوم كثيراً، وغداً كثيراً: كفى، ويكرهُ في المسجدِ، نصَّ عليه في «الأم». وصرَّح به في أدب القضاء من «الروضة»، وقد قيل بتحريمه.

---

(١) جمع شارب.

(٢) هذا استرواح من المؤلف رحمه الله في حكاية إطباق علماء اليمن: فقهاء وصوفيين على حلِّه! و لحقُّ أنه كثر الاختلاف بين العلماء حلًّا وتحريماً، حتى ألَّف الإمام ابن حجر الهيثمي في ذلك رسالة سماها «تحذير الثقات ع تناول الكفتة والقات»، مال =

. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

= فيها إلى المنع والتحذير الشديد، ونقل فيها إلى المنع والتحذير الشديد، ونقل فيها تحريمه عن أبي بكر الحرازي، وحمزة الناشري، مه علماء اليمن.

وقد سألت عن القات السيد الشريف الدكتور عبدالله الكتاني (دكتور دولة، وطبيب استشاري في مستشفى الملك فهد بالمدينة المنورة) فأفادني بما يلي:

القات من الفصيلة الحُرَّابية، والجزءُ المستعملُ منه: الأوراق والأغصان، وتركيبه الكيميائي: مجموعة من القلويدات (حوالي أربعين قلويداً) أهمها: الكاتيوتين والكاتين. وهو يشبه الأفيون من حيثُ التركيبُ الكيميائي، ويشبه المورفين من حيثُ بعضُ التأثيرات، ومن حيثُ الأضرارُ يشبه الكحول في بعض تأثيراته.

أهم تأثيراته:

١ ـ شعور بالغَبْطَة والابتهاج والسرور، يعقُبه تعب شديد وانهيار.

٢ ـ يزيد في نشاط الأعصاب المركزية، فيؤدي إلى:

أ ـ زيادة خَفَقان القلب، وهي تؤدي إلى قصور قلبي.

ب ـ الأَرَق.

حـ ـ نقص في التركيز والاستيعاب الأمور.

د ـ فقدان الشهية.

هـ ـ الإمساك.

و ـ التهاب المعدة والأمعاء.

ز ـ ارتفاع ضغط الدم، وهو يؤدي إلى احتمال نزيف دماغي.

ح ـ ارتفاع درجة الحرارة.

ط ـ زيادة إفراز العَرَق.

٣ ـ يؤدي إلى إدمان نفسي.

٤ ـ يؤدي إلى شعور باللذة الجنسية، لكنه شعور وهمي، وهو في الحقيقة يضعف القدرة الجنسية.

مخاطره الجسمية:

١ ـ أورام حول العين.

٢ ـ أورام في باطن الخدِّ حيث يوضع القات.

٣ ـ التهاب الفم والأمعاء.

. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

= ٤ ـ تَلَيُّف الكبد، أي: تخريبه (وهذا يشبه تماماً تأثير الكحول). زيادة الجرْعة منه تؤدي إلى:

١ ـ اعتقاد وهمي بالقوة.

٢ ـ ارتعاش اليدين.

٣ ـ الهَلْوَسة.

٤ ـ تشنُّجات صرعية.

٥ ـ إغماء.

٦ ـ تشوُّش الحسِّ.

٧ ـ اضطراب القلب وعدم انتظامه.

الانقطاع عن الجرعة المعتادة يؤدي إلى:

١ ـ فقدان التوازن العقلي، مما يؤدي إلى جرائم اجتماعية.

٢ ـ غضب وعنف وهلوسة مع رجفان عام.

انتهى كلام الدكتور الكتاني، جزاه الله خيراً.

قلت: وكونُ الانقطاع عنه يؤدي إلى هذه الآثار السيئة: فإن هذا لا يعني إباحة الاستمرار عليه، إذ أن الاستمرار عليه يؤدي إلى هذه النتائج السيئة وزيادة. فالإقلاع عنه أمر لا بدَّ منه.

لكن لتفادي هذه الأضرار ـ أيضاً ـ يجب أن يكون الإقلاع عنه بحكمة وتعقُّل، ويُنْصَح متعاطيه أن يتدرَّج في فِطام نفسه عنه، كما علَّمنا ربُّنا سبحانه في تحريم الخمر تدريجياً، وليس معنى قولنا له: تَدَرَّجْ في الإقلاع عن القاتِ: أننا نقرُّه على تعاطيه أيام تدرُّجه! بل لننزعه من وَرْطته نَزْعاً لا رَجْعَةَ بعده، لأن الإقلاع البات السريع المفاجىء كثيراً ما يَعْقُبه عودة وانتكاس ـ إلى جانب أضراره المذكورة ـ. وانظر الفتوى في ذلك من متأخري الشافعية والحنفية في آخر كتاب الأشربة من حاشية ابن عابدين ٥: ٢٩٧.

ومن الكتب المفيدة الحديثة: كتاب «القات» وهو «مجموعة الأبحاث التي أُلْقيت في المؤتمر الدولي للقات» في مَدْغَشْقَر عام ١٩٨٣، تناولتْ دراسةَ القات من الناحية الصحية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، جَمَعها الدكتور حَمَد المرزوقي، والدكتور أحمد نبيل أبو خطوة، وطبع الكتاب في جدة عام ١٤٠٧، في أزيد من ثلاثمائة صفحة.

# بـاب قطع السرقة

يُقْطَعُ بِطَرِّ(١) جيبٍ سالَ منه نصابٌ ولو مفرَّقاً، لا مُخرِجٌ بعضَ ثوبٍ من الحِرْز دون باقيه، وإن بلغَ المُخْرَجُ نصاباً، ولا من أَكَـل بعضَ النصـاب أو تَضَمَّخ بـطيبٍ داخله، وإن أمكن جَمْعُ الـطيب نصابـاً، ولا بسرقةِ ما وُهِبَ له قبل قبوله، ويُقْطع بمثله في الوصية ولو بعد موتِ الموصي إن قلنا لا يُمْلَك بالموت، كذا جزم به الرافعي تَبَعاً للبغوي، وصحَّح الخُوَارَزْمي أنه لا يُقْطع، وجزم به ابن الرِّفعة من غير بناء، قال زكريا: وهو أقربُ لشُبهة القولِ بالمِلْك به. أقولُ: وإنْ قلنا بالبناء: فإن قلنا: تبيَّن مِلكُه له بالموت على الأصح: فلا يُقْطع، ولا ينبغي تَخَيُّل القطعِ ـ على ضعف وجهه ـ إلا إذا أراد الوصيةَ بعد السرقة، ولا يُقْطَع من ادَّعى مِلكَه، أو عدمَ إحرازه، أو ملكَ الرجلِ المسروقِ منه وأمكَنَ، أو مِلْكَ الحِرْز ولا شريكَ ـ وإن قَلَّ قِسْطه ـ وكذا لو ادَّعى شِرْكَه، أو أنه لشـريكه وأخـرجه معـه وإن أنكر، ولا غـريمٌ بمالِ مَـدِينِهِ الجـاحِدِ أو المُمَاطِلِ ولو بقوله، أو أكثر من حقِّه بقَصْد الاستيفاءِ، ولا مضطرٌّ في الجوع بطعامٍ وإن جاوز كفايَته، ولا عبدٌ ومبعَّضٌ بمالِ سيدِهِ، وعكسه،

---

(١) الطَّرُّ: الشَّقُّ.

وكذا إنِ ادَّعياه له وإن كذَّبه، ويُقْطَع آمرٌ غيرُ مميِّز بالسرقة إذا ضمَّنَّاه عند الأكثر، لا مُكْرِهٌ غيرَه عليها، ذكره بعضهم.

والأَحْرازُ تختلفُ بالأموال، وتُعْتَبر بالعرف، فمنْ نامَ لابساً عمامةً، أو نعلاً، أو خاتماً في أَنْمُلَته السُّفْلى ماكناً[1] فَمُحْرَزٌ ولو بصحراء، وكذا ثوبٌ ومتاعٌ تَوَسَّده، لا إنْ زال عنه، ولو حُمِل النائم وأُخِذ ما تحتَه، أو رماه عن دابَّته وأخذها: قال البغوي: لم يُقْطعْ، لأنه أخذه من غير حِرْزٍ، وتَبِعه في الأولى في «الروضة»، قال البُلْقيني: وهو شاذٌّ يقطع بخلافه، لأن تأخيره عنه بمنزلة هَتْكِ الحِرْز، ثم الأَخْذِ منه، قال زكريا: وهو حسنٌ، ووافقه جماعة، وصرَّح الشيخ أبو محمد وابن القطان بالقطع في الثانية، وبه جَزَم فيهما في «العُبَاب»، ولا يُقْطع بثمرِ شجرةٍ رماها فتساقَطَ فيما يخرجُ من الحرز، فَخَرَجَ به، بخلاف واضعِ دبسٍ على دابَّة سائرة، أو سيَّرها فخرجتْ به، أو لريحٍ هابَّةٍ فأخرجْته، لا على واقفةٍ ثم سارت، ولا إن حَدَثَتِ الريحُ، ولا بحَمْلِ عبدٍ متيقِّظ يمنعُ نفسَه، وكذا نائمٌ عند الغزالي، والمنقولُ: القطعُ، وصرَّح به القاضيان أبو الطيِّب، وحسينٌ، وابن الصباغ، وجمعٌ غيرهم، ويُقْطَعُ بعبدٍ سكرانَ، ومضبوطٍ، وغيرِ مميِّز، وأعجمي ولو من فِناءِ الدار إن لم تكن مطروقةً، ولو دَعَاه فأجاب، كقَوْدِهِ للبهيمة، ولا يُقْطَع ببهيمةٍ تَتْبَعُها سخلتُها ولا يَتمُّ النصابُ إلا بها، ويُقْطع بدابةٍ عليها عبدٌ نائمٌ لا حرٌّ.

## ١١٢٤ ـ مسألة

يثبتُ القطعُ بشاهدينِ يُفَصِّلانها، وَيَذْكُران صاحبَها، وأنهما

---

(١) أي: متمكِّناً، بأنه كان ضيقاً.

لا يَعْلمانِ له فيها شبهةً، أو: إقرارِه، وكذا بيمينِ المدَّعي المردودةِ، على ما ذكره الشيخان هنا وصحَّحا في دعاوي «الروضة» أنه لا يُقْطَعُ، لأنه لا يثبتُ بيمينٍ، لأنه حقُّ الله تعالى، كمنِ ادَّعَى أنه[1] أَكْرَه جاريتَه على الزنا، فأنكَرَ وَنَكَلَ، فحلَفَ المدَّعي: يثبتُ المهرُ دون الحدِّ، قال البُلْقينيُّ: وهو المعتمد كما يُؤْخذ بالنصِّ، والأذرعيُّ: إنه المذهب الذي أورده العراقيون وبعضُ الخراسانيين، ويُسنُّ تعليقُ اليدِ في عُنُقه ساعةً تنكيلاً، ويُحْسَمُ ندباً إن لم يُخْفَ تأديتُهُ للهلاك، فإن خِيفَ وتعذَّر من المقطوع لنحوِ جنونٍ؛ لم يَجُزْ تركُهُ، قاله البُلْقيني وغيره، ولا يجوزُ اعتمادُ قافي الآثارِ: أن هذا أَثَرُ فلان، وكذا المعُزِّم وإن ظُنَّ صِدْقُهما بقرينةٍ في إلزامه الغُرْم، ومن تكرَّرتْ سرقتُهُ وتعاظَمَتْ لم تُقْطَع منه إلا يَدٌ، فإن عاد بعدُ فرِجْلٌ، وللوالي حبسُ من لا يُؤمنُ شرُّه إلى أن يُؤْمَنَ، قاله أبو مخرمة، ولو أقرَّ بسرقةِ مالٍ غائبٍ: صحَّ، وكذا إن قامتْ بها بينةٌ حِسْبةً للقطع، لكن لا يُقْطَع فيهما حتى يَقْدَمَ الغائبُ ويطالِب به، فحينئذٍ يُقْطَعُ. وإن لم تَعُدِ البينة، وإنما أُخِّر لاحتمال أنه قد أباحه له، وكذا لو سَرَقَ مالَ صبيٍّ أو مجنونٍ لا يُقْطع حتى يَكْمُلا، لاحتمال أن يُقِرَّا به له، ولا يُؤَخَّر قبضُه، وهل يُحْبَس في الأولى إلى أن يَقْدَم؟ فيه أوجهٌ: وظاهر نصِّ «الأم» كما قال الأذرعي: نعم، وقال الإمام: إنه الظاهر عند أصحابنا، وَجَزَمَ به في «الأنوار» كمثلِهِ في القِصاص.

---

(١) أي: أن الخصم.

## بـاب في قُطَّاع الطريق

منهم: منْ أَغَارَ ـ ولو ليلاً ـ على بلدٍ بعيدٍ عن الغَوْث بقوةٍ وإن كان من أهله، أو دَخَلَ داراً ليلاً على صاحبِها وَمَنَعه استغاثةَ بتخويفٍ ونحوه، وقليلون غَلَبُوا قافلةً كثيرين، لا إنِ اسْتَسْلموا لهم مع قدرةِ دَفْعِهم، ولا مَنْ يعتمدُ الخَطْفَ أو الاختلاسَ ويهربُ. وعقوبةُ القاطِع: القتلُ إن قَتَلَ مَنْ يُقْتَل به، وقَطْع يدٍ ورجلٍ من خِلافٍ[1] إن نَهَبَ ما يُقْطَعُ به السارق، قال الأذرعيُّ: وَسَكَتوا عن شَرْطِ تقدُّم المطالبة به، وعدمِ دعوى مِلكه ونحوِه من المسقطاتِ في السرقة، وينبغي كونُه مثلَها.

### ١١٢٥ ـ مسألـة

يثبتُ بشهادة عدلين ـ لا من الرِّفقة ـ إن قالا: نَهَبونا، أو: مالُ رُفْقتنا ومالُنا، فإن شهدا بنَهْبِ غيرهما فقط قُبلت.

ولا يَسْتَوفي الحدودَ كلَّها إلا الإمامُ أو نائبُه، فإن استبدَّ رَعَويٌّ[2] بالجَلْد: لم يقع الموقع وعُوقبَ به كغيره، أو: بالقتْل، فإن كان الزاني

(١) وصورته ـ كما في «الروضة» ١٠ : ١٥٦ ـ: أن تقطع «يده اليمنى ورجله اليسرى، فإن عاد مرة أخرى قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى».

(٢) أي: انفرد أحد أفراد الرعية.

محصَناً والمستبِدُّ ليس كَهُو: كَفَى، وإلا أُقِيدَ به، أو: بقطع سارق أو محارب: وَقَع الموقعَ، ويُعزَّر في الجميع لِافْتِيَاتِهِ[1].

## فصـــل

ويُعزِّرُ الحاكمُ العاصيَ بما لا حدَّ فيه ولا كفارةَ، إلا ولياً لله تعالى صَدَرت منه صغيرة، ومن قَطَعَ أطرافَ نفسِهِ، أو وطىءَ حليلتَه في دُبُرِها فلا يعزَّر بأول مرة، بل إن عادَ بعدَ النهي، نصَّ عليه في «المختصر»، وصرَّح به البغويُّ ـ بل نَقَل الإجماع عليه ـ وغيرُهُ، ومثله تكليفُهُ مملوكَه ما لا يُطَاق، قال القاضي أبو حامد: وإلا راعيَ الحِمَى من غير أهلِهِ، وأقرَّاه، وتوقَّف فيه الأذرعيُّ، ويجتمعُ مع الحدِّ فيمن تكرَّرت رِدَّتُهُ أي: وإن أَسلَمَ فسقطَ قتلُهُ، ومع الكفارةِ في الظِّهار، واليمين الفاجرة عمداً، وإفسادِ صوم رمضان بجماعِ حليلته، وفي قتلِ مَنْ لا يُقْتَل به: كولده، وهو برأي الحاكم، فيقتصرُ على التوبيخ إن كَفَى، ويجوزُ بحلْق الرأسِ لا اللحيةِ، قاله الماوردي، وجوَّز الأكثر تسويدَ وجهه، ويجوزُ بضَرْبٍ غيرِ مبرِّحٍ[2]، وحبسٍ، وصَفْعٍ إن رآه ونحوه، وبالتغريب كما فعله عمر رضي الله عنه، قاله الماوردي وغيره، ولا يبلُغ به سَنةً، ولا يجوزُ بالمال، ولا توليتُهُ مَنْ عَزَّر لأجله، ولا يُحبسُ معيَّنٌ زمناً ومكاناً، ولا أصلُ المعزَّر وفرعُه، وللقاضي تركُهُ إن رآه، وإن كان لآدمي، كما جَزَم به صاحبُ «الروض» و«العباب» وهو وجهٌ، وضدُّه المنعُ، قال زكريا: وهو أوجهُ، وجَرَى عليه صاحب «الحاوي الصغير» ومختصِروه، وصحَّحه البُلْقيني

---

(١) أي: لانفراده بالأمر، وتجاوزه حقَّ السلطان.

(٢) أي: غير شديد.

وموسى بن الزين، وعن الإمام: الاكتفاءُ فيه بالتوبيخ إن رآه، فيجتمعُ به الوجهان، فإن عَفَا فللقاضي تعزيرُه أدباً.

ومن موجِباته ـ كما قال موسى ابن الزين ـ: قولُ شخصٍ: إن في الشرع بابَ ربا الحلال، وقولُ آخَرَ لفقيهٍ: يا فقهاء الحجم أي الحجر ينقلب منكم[١]، ونحن عوام ندخُل الجنةَ قبلكم، وقد يُقْضَى بكفره إذا اعتَقَده، وقولُه لمسلم: لك دينان، قال: ومنها: مَطْل الغنيِّ ما عليه، وقولُه لمسلم: فلانٌ مثلُك يهوديٌّ، ويبالَغ فيه، وقد يُكْفَرُ، فينبغي أن يجدِّد الإسلام؛ وامتناعُ الخصمِ من حضور مجلسِ الحكمِ بلا عذر، وتوعُّدُ مسلمٍ بالأذى بغير حقٍّ، وإيواءُ من يُفْسِد في الأرض، أو دَلالته[٢] على مظانِّ الفساد، وكذا إخفاؤُه[٢] عن إخدام الولاة، وذكر هذا أبو مَخْرَمة، قال موسى وزكريا: وإذا تَلاعَن اثنان أو تَسَابًا: عُزِّرا، فلو قال: نعلك الله ـ بتقديم النون ـ فكذلك إن قَصَدَ معنى اللعن، كما هو العادة، لكنْ دونَ تعزيرِ صوابِ لفظِهِ، قاله الطَّنْبداوي، قالوا: ويُعزَّر الابن بشَتْم أبيه وإن شَتَمه الأب، ولا يعزَّر له، ولا يعزَّر من دعا على غيره بالموت، لأنه دَعَا له بالخلاص، قاله الكَرابيسيُّ صاحبُ الشافعي في «أدب القضاء» نقله عنه الأَقْفَهسي والمَرَاغي.

## ١١٢٦ ـ مسألة

لا تثبُتُ شهادةُ الزُّور للتعزير إلا بإقرارِ الشاهدِ، أو علْمِ القاضي، وينكَّلُ بما يَنْزَجر به ولو بنداءٍ عليه بجَريرته[٣] في محالِّه.

---

(١) وضع بجانب هذه الجملة على الحاشية إشارة استفهام؟

(٢) الضمير يعود على: من يُفْسد. وأما إخدام: فكذا هي في الأصل؟.

(٣) أي: بذَنْبه.

## ١١٢٧ ـ مسألة

لأبِ الصبيِّ والمجنونِ ضربُهُ ونحوُهُ على الإساءة زجراً، ويتَّجه كونُ كلِّ كافلٍ من أمٍّ وغيرها مثلُه، كما في «العباب» وغيره، وَسَبَقَ في الحَجْر عن «المجموع» ما يقاربُه، ومثلُهُ المعلِّم بإِذْنِ الوليِّ، وكذا للسيد ولو مكاتَباً وفاسقاً وامرأةً، في حقِّ الله تعالى، وحقِّ آدميٍّ ولو لنفْسه، وفي القِصاص، والحدود، والتعزيرات، بل هو أولى من الإمام إنْ لم يُنازِعْه، وإن سمعَ الحجةَ عليه إن عَرَفَ الأحكام، وأن يَعْتَمِدَ علمَ نفسِهِ حيثُ كَفَى، وإذا باعه انتقلَ الحكمُ إلى المشتري، وأن يَحُدَّ رقيقُ محجورِهِ، ويلاعِنَ بين عبده وَأَمَته، والشركاءُ كلٌّ بحصته، أو يُنيبون واحداً، والمبعَّضُ والمُكاتَب إلى الإمام، وكذا عبدُ الكافرِ المسلمُ، قال زكريا: واقتضى كلامُهم أنه ليس للفاسقِ والمكاتَب والمرأةِ سماعُ البيِّنة، إذْ ليسوا أهلًا له، فلا يُحدُّون إلا بنَظَرهم أو إقرارهم، وبه جزم الزَّرْكشي في الأوَّلَيْن، وإذا زنتِ الأَمَةُ ثالثةً سُنَّ بيعُها، وللزوجِ تَوَلِّي أدبِ زوجته فيما يتعلَّق به فقط.

# بـاب الصِّيَال وما يليه

لكلٍّ دَفْعُ صائلٍ[1] متعدٍّ ـ ولو غيرَ مكلف، أو بهيمةً على معصوم ـ، ولو مالَ نفسِهِ، أو حقَّ اختصاصٍ بنحو جِلْدِ مَيْتَةٍ، إلا المُكْرَهَ به على مالٍ بما يُلاقي نفساً أو بدناً مما يؤثِّر على المال، فيجب تركُهُ وقايةً لذلك ويُضَمَّنُه، ويجبُ عن بهيمةٍ وبُضْعٍ ونحوه إن أَمِن الهلاكَ، وكذا عن وديعته، ومالِ مَحْجورِهِ، ووَقْفٍ بيده، كما في «الإحياء»، قال الأذرعيُّ: وكذا ما بيده وفيه حقٌّ للغير كإجارةٍ ورهنٍ، وكذا عن نفسٍ قَصَدَتْها بهيمةٌ أو كافرٌ ولو آمِناً، لا مسلمٌ ولو صبياً بل يُسَنُّ، وكذا يجبُ منعُ مَنْ على منكَرٍ: كشربِ خمرٍ، ولو بهجومٍ عليه إنْ أَمِن على نفسِهِ وغيرِهِ، ويندبُ إنْ خافَ عليها ـ لا على غيره ـ أو زيادةَ المنكرِ، كذا قاله الغزاليُّ ومن تَبِعه، ولا ينافيه تعبيرُ غيره بالجواز، فإن القصدَ رَفْعُ منعِ الدَّفع.

ولا يَدفعُ إلا بأقلَّ ما يمكنُه عند هجومه ولو برميةٍ قبلَ وصوله إنْ ظنَّ أن الصائلَ يغلبُهُ إذا وَصَلَه، ولا يلزمُ مراعاةُ ذلك بعد التحامِ قتالهما، قال الماورديُّ والرُّوْياني: وإلا إذا رآه يزني فله قَتْله حالاً، لأن مراعاةَ الأخفِّ تقتضي استدامتَه، وهي معصيةٌ لا تَدارُكَ لها، ويُحْمَلُ على مَنْ لا يندفعُ

---

(١) في «المصباح المنير»: «صال الفحل يصول صولاً: وَثَبَ. . . وصال عليه: استطال». وهو في الفقه أعمُّ.

حالاً بدونه، قال البُلْقيني: ولا يلزمُ مراعاتُه في المرتدِّ، ومن لا عصمةَ له، وكذا الزاني المحصَنُ فيما بينه وبين الله حالَ زناه بأهله. قال ابنه في «التدريب»: ولا له ولنحوهـ كتارك الصلاة ـ دفعُ صائلٍ لا يُقْتل به بالقتلِ. انتهى، وفيه وفي الأخيرةِ نَظَرٌ ظاهرٌ، إذِ العاصي يدفعُ العاصي لحقِّ الله، وظاهرُ كلامهم يُخالفُه، وحيثُ كَفَى الهَرَبُ بنفسه أو بالحُرَمِ[1]: وَجَبَ، وإن تعيَّن للدفعِ عضُّه: جازَ، قاله في «الانتصار»، قال الأذرعيُّ: وهو صحيحٌ. ولا يجوزُ العَضُّ إن لم يتعيَّن، وللمعضوض إنْ عُصِم ـ كما قال البُلْقيني ـ دفعُ العاضِّ بصياحٍ، ثم فُكٍّ، ثم لَكَمْ لَحْيَيْه، ثم سَلِّ يدِهِ وإن نَدَرَت سِنُّه.

ومَن نَظَرَ من داره أو سطحٍ مرتفعٍ ـ ولو امرأةً أو مراهِقاً ـ إلى غيره في داره وهو مكشوفُ العورة، أو: وفيها حُرَم[1] لصاحبها ولو مستوراتٍ، أو في منعطَفٍ منها، لا أجنبياتٍ ـ فله رَمْيُهُ بما يَنْكَأُ عينه بحسَب إمكانه حينئذٍ بقَصْدها وإن أصابَ قريباً منها وإن لم يُنْذِره، لا مَنْ نَظَرَ من كُوَّةٍ واسعة، أو بابٍ مفتوح، أو شِقِّه الواسع في دارِ المنظورِ، لأنه مقصِّر، بخلاف مثله في دار الناظر، ولا مَنْ له في الدار مَحْرَم مستورةٌ أو زوجةٌ أو متاع، وهو آثِمٌ، نعم يُنْذِره فيهنَّ، ثم يستغيث إن لم يَنْدفع، ثم يقاتله، ولا يَرمي بنَشَّاب أو كبير إلا مع عدمِ غيرهما فيجوزُ، نبَّه عليه الزَّرْكَشي، ولا أُذُنَ المتَسَمِّع من شِقٍّ، ويُنْذِره كذلك، قال في «العُباب»: وله دخول دارٍ يَسْكُنها مَحْرَمُه وإن لم يستأذنْ إن شَعَرَت المَحْرَم به بنحوِ تَنَحْنُحٍ أو شِدَّةِ مَشْي. بحيثُ يَسْتَتر من كان عُرياناً، لا إن لم يسكُنْها حتى يستأذنَ ولو مفتوحةً، ولا يُقْبلُ قولُ القاتل في الصِّيال إلا ببيِّنةٍ أو قرينةٍ ظاهرة، كدخولِهِ عليه بالسيف مسلولاً، وإشرافِ الناظر.

---

(١) الحُرْمَة: المرأة، وجمعها: حُرَم، مثل: غُرْفة وغُرَف. كما في «المصباح».

## فصـــل في الختان ونحوه

يجبُ خِتــانُ من بَلَغَ، إلا المُشْكِـلَ، ومنْ لا يَحْتمِلُه لضعفــه فلا يجوزُ، قال البُلْقيني: والمجنونَ فلا يجب، ومُؤْنَتُه على من يُنْفقه. وهو: قَطْعُ ما غَطَّى حَشَفةَ الذَّكَر من الجِلْدة، وجزءٍ من اللَّحمة أعلى فَرْجها فوق ثُقْبَة البول، وتقليلُه أفضلُ، ولا يجوز إن مات قبلُ، ولا يجبُ على من وُلِد مختوناً، وللوليِّ تعجيلُه إن قَدَرَ، ويسنُّ يومَ سابِعِهِ إن لم يضعُف، قال في «العباب»: وإلا فلأَربعينَ، ثم لسبعِ سنينَ، ولا يُضَمَّن ما تولَّد منه، فإن خِيفَ حَرُمَ، وضُمِّن كالعَمْد.

## ١١٢٨ ـ مسألـة

قال في «الإحياء»: لم يبلُغنا في ثَقْب الأُذُن للخُرْص خَبَرٌ، ولا أرى فيه رخصةً إلا أن تَرِدَ، أي: لأنه جَرح بلا مصلحة، وأقَرَّه غير واحد، وجزم في «العُباب» بتحريمه، قال الإمام محمد بن سعد أبو شُكَيل: ربما فُهِم ورود ذلك من الحديثِ المتَّفقِ عليه[١] في أمرِ النساء بالصدقة، فجَعَلَتِ المرأةُ لذلك تلقي القُرْطَ في ثوب بلال، وفي بعض ألفاظه: فجعلْنَ يَهْوين[٢] إلى حُلُوقهنَّ وآذانِهنَّ، والظاهر أنه ﷺ عَلِم بذلك، وتقريرُهُ أخذُ دلائل الأحكام، قال الدَّميري: وجوابه أنه أقرَّ على التعليق

(١) رواه البخاري في مواضع كثيرة، أنظر تعدادها عند أول موضع: كتاب العلم ـ باب عظة الإمام النساء وتعليمهن ١ : ١٩٢ ( ٩٨ ) ، ورواه مسلم أول كتاب صلاة العيدين ٦ : ١٧١ واللفظ الذي خصَّه المؤلف بالذكر والاستدلال به رواه البخاري ـ دون مسلم ـ في آخر كتاب النكاح ٩ : ٣٤٤ ( ٥٢٤٩ ) ، وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ـ باب ما ذَكَرَ النبيُّ ﷺ وحضَّ على اتفاق أهل العلم ١٣ : ٣٠٣ ( ٧٣٢٥ ) .

(٢) بفتح الياء الأولى، كما هو ظاهر كلام كتب اللغة وكلام ابن حجر ٩ : ٣٤٤ ، لكنه ضبطه ٢ : ٤٦٦ : «بضم أوله»؟

لا على التثقيب. أقُول: وفيه نظر، فإنه كان يجب أن يعلِّمهنَّ أن أصلَ التثقيب ممنوعٌ، لأنه وسيلسة لِمَا أَقَرَّ عليه، وتأخيرُ البيان عند الحاجة لا يجوز، كما تقرَّر، وقال الشريف علي السَّمهودي في حواشي «الروضة»: وَعَدَمُ إقراره عليه يحتاجُ إلى دليل.

روى الطبراني في «الأوسط» عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: [سبعة] من السنة في الصبيِّ يومَ السابع: يُسَمَّى، ويُخْتَنُ، ويُمَاطُ عنه الأذى، ويُثْقبُ في أُذُنيه، ويُعَقُّ عنه، ويُلْطَخُ رأسه بدم العَقيقة، ويُتَصَدَّق بوزن شَعَر رأسِهِ ذهباً أو فضة، قال الحافظ الهيثمي: رجاله ثقات[1]، ومثلُ هذا يُحمل على الرفع، والترخيصُ فيه في أُذُن الصبيِّ فضلاً عن الصبيَّة، يعني فهي أولى به، وفي «الرعاية» من كتب الحنابلة: تثقيبُ أُذُنِ البناتِ للزينة جائزٌ، ومكروهٌ للصبيان، وفي «فتاوي» قاضي خان عن الحنفية: لا بأسَ بتثقيب أُذُنِ الصبيَّة، لأنهم يفعلونه في الجاهلية ولم ينكره ﷺ. انتهى، ولا أَعلمُ أحداً من متقدِّمي الشافعية ذكر منعَه إلا ما ذكرنا عن الغزالي مع تصريحه بأنه من رأيه لعدم تَحقُّق الدليل، وقد رأيتَ ما فيه.

## ١١٢٩ ـ مسألـة

للأب والجدِّ قطعُ سِلْعةِ[2] طفلِهِ بلا خطر، أو إن زاد خَطَرُ إبقائها عليه، لا لوليٍّ آخرَ، ولكلٍّ حَجْمُهُ وفَصْدُهُ حيث لا خطر، ولا ضمانَ

---

(١) «مجمع الزوائد» ٤: ٥٩ وفي ألفاظه بعض مغايرة عما هنا، وما بين المعكوفين زيادة منه.

(٢) السِّلْعة: خُرَاج كهيئة الغُدَّة تتحرك بالتحريك. كما في «المصباح».

بذلك، ويضمنُ معزِّرٌ ومؤدِّبٌ ما تولَّد من ذلك، فإن أسرفَ قصداً فعمدٌ، وإلا فشِبْهُهُ، ويضمنُ من سقطتْ عليه جَرَّةٌ فدفعها فانكسرت، أو حالتْ بينه وبين طعامه دابةٌ ولم يقصدْها فقتلها وإن اضطُرَّ.

## فصــل فيما تُتْلِفُه البهائم

لا يضمنُ ما أتلفتْه بعد انفلاتها بلا تقصير، ولا مرسَلَةٌ في مَرَاعٍ بعيدةٌ يُعْتاد إرسالُها فيها أياماً وإن فُرِض انتشارُها لطرفِ المزارع، ولا ما حَفَرَه مالكُهُ وقصَّر في دفعها، أَوْ له محوطٌ يُغلَقُ فَتُرِك مفتوحاً، ويضمنُ من معها ما أتلفتْه ولو بالرَّمْح[1] مطلقاً ما لم تَغْلبْه بقوةٍ أو نحو ظُلْمة، لا لنومٍ وغفلة، وكذا إن غلبتْه وهو راكبُها أو ممسكٌ لجامَها، على ما رجَّحه البُلْقيني وغيره، ومنْ أرسلَها والعادةُ أن تُحفظَ ليلاً ونهاراً، أو وَجَدَها بين مزارعٍ أو في البلد والعادةُ أن لا تُسَيَّب، وإلا ضمنَ ليلاً لا نهاراً، فإن اعتادوا حفْظَها بالنهار والإرسالَ ليلاً: انعكس، ولمالكِ الزرعِ تنفيرُها بقَدْر الحاجة أن لا تعود، فإن زاد ـ ولو داخلَ مِلْكه ـ ضمنَها إنْ ضاعتْ ولم يكنْ مالكُها يُسَيِّبها، بل عليه حفظُها وإعلامُه، كثوبٍ سقط في داره، ويُضمَّنُ سائقُها وقائدُها مُتْلَفَها معهما بينهما، فإن كان لراكبٍ اختَّصَ الضمانُ به على الأصح، كما يُؤْخذ من كلام الرافعي، ورجَّحه الرُّوْياني وغيره.

ويضمَّن راكبُ الصعبةِ كلَّ ما أتلفتْه، وكذا الراكضُ في الطريق فوقَ العادة، وكذا بالمعتادِ لا في موضعِ الرَّكْض عادةً، وما تلفَ برَوْثِ الدابة وبولِها ولو بتزلُّق عند الجمهور، وبه جزم الشيخان في الحج، ونصَّ عليه

(١) أي: الرَّفْس.

في «الأم»، إلا في احتمالٍ للإمام فيها أَخَذَ به الشيخان هنا ذهولاً، لا كما بيَّنه المتأخرون، لأن الانتفاعَ بالطُّرُق مشروطٌ بسلامة العاقبة.
ويضمنُ من أرسلَ البهائم فيه، وفي نحوِ السُّوْق ما لم يَضَعْه المالكُ في الطريق أو يعرضُه لها، وما تولَّد من رَمْحِ الدابَّة لنَخْسِها يضمنُه الناخس، إلا أن يأمرَه الراكبُ فعليه، نعم إن كان طبعُها الرَّمْحَ فاتَّصل بالنخْس ـ أي: ولم يتحقق أنه لنخسْه ـ ففي ذلك على الناخس وجهان، وكذا لو نَخَس دابةً مسيَّبةً لا بيده، ويضمنُ رابطُ دابةٍ بطريقٍ ما أتلفتْه وإن اتَّسع، إلا إنْ أذِن له الإمام. قاله القاضي والبغوي، كبئرٍ حَفَرها لينتفعَ بإذنه، ويضمنُ المارُّ بالحطب فيه الجدرات ما لم تَمِلْ إلى هوائـه، وما أتلفَه به في زَحْمةٍ وكذا بدونها إلا لمُقْبِلٍ بصير، ومن أَنْذَره وأمكَنَه العدولُ فتركه.

ولا يضمنُ ما أتلفه طيرُه وإن أرسلَه ليلاً ونهاراً ولو بازاً، إلا أن يُرسِله على طيرِ غيرِه، أو في زرعِهِ فيضمنُ، وكذا الهرةُ وكلُّ عادٍ ـ إلا الضاري بالاعتياد ـ فيضمنُ بتَسْييبه ليلاً ونهاراً، ولا تُقْتلُ الهرةُ ولو ضاريةً إلا حالَ ضرِها إن لم تَنْدَفعْ إلا به، كالصائل، وألحقَها القاضي حسينٌ بالفواسق الخمس، وأفتى به عزُّ الدين بن عبد السلام في التي تكرَّر ذلك منها وَخَرَج عن العادة، واختاره الأذرعيُّ في هرٍّ لا يَعْرف مالكُهُ، واحتَمل في المملوك منعَه، ثم قال: والأشبهُ التسويةُ، إذْ لا تبقى له قيمةٌ مع ظهور إفساده، ويضمنُ من دعا رجلاً إلى داره وفيها كلبٌ عَقُور، ودابةٌ رَمُوحٌ ولم يُعْلِمه بهما، فَعَقَرَه أو رَمَحَتْه، قال زكريا: وما سَبَقَ من عدمِ الضمان في الدِّيات في المربوط خارجَ الدار قد علَّلوه بإمكان دَفْعه.

قال الأذرعي: وفي «الفتاوي»: مرَّ بكلبٍ في الطريق فرأى ديكَ حَجَلٍ مربوطاً في قُرْبٍ فقتله، فظهر احتمالُ وجهين ذُكرا في شاةٍ أتلفتْ

شيئاً حول ممرِّها، ولا يضمنُ من دخل عالماً بذلك، أو بلا إذْن، وأفتى ابن عُجيلٍ في دابَّةٍ نَطَحت أخرى بالضمان إن كان النَّطْحُ طَبْعَها وَعَرَفَها صاحبُها، وإلا فلا، ومن ربطَ دابةً في شارعٍ، فجاء آخرُ بأخرى وربَطَهَا، فعضَّ أحدُهما الآخر، فإن كان العاضُّ الثانيَ ضُمِّنَ صاحبُهُ، أو الأولَ: فلا، إلا أن يحضُر صاحبُهُ فقط ولم يَمنَعْه مع قدرته، فالظاهر تضمينُهُ، وبه صرَّح العَبَّادي في «الزيادات»، وحيثُ كانت الدابةُ ذاهبةً فردَّها آخَرُ تعلَّق ضمانُ ما بعد الردِّ.

### قاعـــدة

قال البغوي: كلُّ موضعٍ ضَمَّنَّا فيه صاحبَ الدابةِ فهو على العاقلة فيما يُعْقَل، كما مرَّ في الديات، أي: بديةِ الخطأِ إذا لم يَقْصِد الفعلَ.

## بـاب الجهاد
## وما يُلْحَقُ به، وشيءُ من فروض الكفايات

الجهادُ فرضُ كفايةٍ كلَّ سنةٍ مرةً فأكثر - إلا لضرورة - بغزوِ الكفار، ولو بنائب الإمام، وإحكامِ ما يليهم من بلدنا، وإعدادِ من يقاومُهم هناك؛ ولا يَلزمُ من لا يقدرُ لنحوِ مرضٍ، ومن لا مُؤْنَةَ له ولمن عليه مدة غَيبته وإن أعطاه إياها غيرُه، إلا من الزكاة أو بيتِ المال، وعلى أهل البحر الجهادُ فيه، وعلى أهل البرِّ فيه، دون عكسِهما، فإن دخلوا في دارنا ولو خلاءً وخَرَاباً وَجَبَ على كلِّ مكلف ولو امرأةً وعبداً بلا إذْنٍ في دون مرحلتين، وكذا فيما فوقَهما إن لم يَكْفُوا.

### ١١٣٠ - مسألـة

لا يجوزُ في الحالة الأولى هو ولا سفرٌ طويلٌ لغير حاجةٍ لمن له أبوانِ إلا بإذنهمـا، وكذا كلُّ أصل وإن كان واحداً، ويجوزُ بدونه لحجٍّ فرضٍ إنِ استطاعه، أو قَصُرَ سَفرُهُ، وإلا فلا على الظاهر لبعضهم، وافقَ به زكريا، لأنه يُشقُّ على الأصل مقاساتُهُ الجوعَ والمشيَ، ويجوزُ لطلبِ علمٍ شرعي ووسائلِه ولو فرضَ كفاية - وإن وَجَدَ من يعلِّمه - إن رَجَا زيادةً أو تفرُّغاً ونحوه، وكذا التجارةُ حيثُ لا خطرَ ولا خوفَ، وإن قَلَّ كركوب البحر فلا يجوز حينئذٍ إلا بـإذنٍ وإن قَصُر، قال موسى بن الزين: ولهما

منعُهُ من تعجيلِ سفرِ الحجِّ حيثُ يجدُ من يسيرُ معه بعدُ في تلك السنة ولا يفوتُهُ مقصود، وسفر الحجِّ بالأجرة كسفره للتجارة، وحيثُ مُنع فالوجهُ أن لا تَصحَّ إجارته العينيَّة إلا بعد إذْنهما. انتهى، وسفر المَدِينِ سَبَقَ في أبواب الدَّين عقبَ الرهن.

## فصـــل

من فروض الكفايات: دفعُ ضررُ المسلمين كقوتٍ منقطع، وهل يكفي سَدُّ رَمَقِهِ، أو كنفقة القريب؟ وجهان: رجَّح بعضُهم الأولَ، ومال شيخنا ابنُ عَبْسِين إلى الثاني، وككسوةِ عارٍ بما يدفعُ ضررَ الحرِّ والبرد الظاهر على أهل القدرة، قال الإمام أبو الحسن البكري: وذكر الأئمةُ أن مُؤْنَةَ ما يعمُّ نفعُه البلدَ كعِمارةِ سُورِها ومساجِدِها، ومُؤَنُ القائمين بحصونها: على أهل القدرة، وهم: منْ يَجِدُ ذلك في بقاءِ يَسَارِهِ عُرْفاً، بخلاف الفقير والمسكين المذكورَيْن في الزكاة ومن يُخرجه ذلك إليهما، وإنما اشترطْناه لأنه مواساة، ولما في غيره من الحَرَج لئلا يكونوا مَحَاويجَ يطلبُون من يُرتِّب ذلك لهم، وإذا وُجِد أغنياء وُزِّع ذلك على رؤوسهم، لا على قَدْر مالهم، كما أَشْعَرَ به كلامهم في باب اللَّقيط، فإن تعذَّر استيعابُهم لكثرتهم فعلى من يَرَاه الوالي. انتهى بمعناه.

ومنها: الأمرُ بالمعروف، والنهْيُ عن المنكر بمنْعِهِ إنْ قَدَر، وإلا فالإنكار باللسان، وإلا فيكْرهُه بقلبه، ولا يجبُ الأمرُ إلا بفرضٍ، أو ما هو من الشَّعائر كالأذانِ للولاة، ويندبُ في غير ذلك، ولا يُنكِر إلا على متَّفَق على تحريمه أو مَن معتَقَدُه على معتَقَده: باللسان، أو تأديب السلطان، ويُنكِرُ على غير مكلَّفٍ فَعَلَه: بمنعِهِ. ويسقطُ النهيُ عمَّن يَخَافُ به أذىً ظاهراً في نفسه، أو من يتعلَّق به، أو مالِهِ أو عِرْضه ـ

بهَتْكه ـ أو زيادةٍ في المنكر، أو فِعْلِ أكثرَ منه، ويندبُ مع الخوف في نفسِهِ، لا في غيره، بل يَحْرُمُ. قال الغزاليُّ: ويَسقُط[1] إن عَلم أنه لا يَتركُهُ ويُسَنُّ، وجزم النوويُّ بوجوبه حينئذٍ، قال في «المهمات»: وهو باطلٌ، فقد نَقَل الإمام في كتابه «الشامل» في الأصول أن القاضيَ أبا بكرٍ نَقَل عن إجماعهم عَدَمَه، وأقرَّه الإمام، قال الأزرق: وهو متَّجه، كما قالوا: لا يؤدِّبُ زوجتَه وولدَه بالضَّرْب إلا أن يَنْفَع، وجزم به القَمُوليُّ وكذا المزجَّد.

ولا يسقطُ بجاه الفاعل، أو كونِهِ والدَه، أو شيخَه، أو خوفِ عداوته حيثُ لا يقعُ بها ضَرَرٌ يُبيح تركَه كقطْع نفقتِهِ وهو محتاج، ولا بكونِ[2] المنكِرِ عاصياً، بل يجبُ على كلٍّ من الزانييْنِ الإنكارُ على صاحبه، كما يلزمُهُ تركُه، ولا يتجسَّسُ له بل إن علم بقولِ ثِقةٍ، وحيثُ خُشي معه انتهاكُ حرمةٍ بفوتٍ بادر ولو باقتحامِ دارٍ على نحوِ قَتَلةٍ أو زانٍ أو من يشربُ خمراً، ولا يُنْكِر ما يَخْفَى على العامة إلا عالمٌ، وعُمدةُ الحِسبةِ: الرِّفْقُ أولاً إلا أن يَرَى الوالي الإغلاظَ لجرئيٍ ونحوِهِ.

## ١١٣١ ـ مسألة

مما يُؤْمَرُ به: صلاةُ العيد، وإقامةُ أوقاتِ الصلاة، ولا يكلَّف أولَها، لاختلاف العلماء في أفضليته، ومما يُنْكَر: تطويلُ الأئمةِ في المساجد المطروقة، والجهرُ في محلِّ الإسرار، وعكسُهُ، والأذانُ لغير المكتوبة، والزيادةُ فيه، والتصدِّي لتدريسٍ أو وعظٍ بلا تأهُّل، ومعاملةُ النساء مَن

---

(١) أي: يسقط الوجوب وينتقل إلى السُّنِّية كما قال: ويُسنُّ.

(٢) في الأصل: ولا يكون، هو سبق قلم، والجملة معطوفة على قوله: ولا يسقط بجاه الفاعل... ولا بكون المنكرِ عاصياً.

عُرِفَ بالخيانة، والخلوةِ بأجنبيةٍ، فإن شكَّ قيل له: إن كانت حرمتَك فصُنْها، أو أجنبيةً فتفرَّقا، لا كلامِهما في المطروقات، ومنه: كشفُ العورة الكُبرى ـ أي السوأتين ـ عند غيره ولو في الحمَّام، لا مع أعمى، أو مُقَفٍّ عنه ونحوهما، ولا غيرهما مما بين السُّرة للرجُل إلا بطريق النصيحةِ واللطفِ للتعليم، كما أفتى به ابن عبد السلام، قال: لأن بعضَ العلماء لا يَراه عورةً؛ ولا يُنْكَر على من قلَّد بعضَهم ممن لا يَرَى حرمتَه، إلا أن يكون بعيدَ المأخذِ، بحيثُ يُنْقَضُ الحكمُ به، فينكِرُ ولو على من ذَهَبَ إليه، وينكَر على من حَمَّل ملكه أو كلَّفه أكثر من طاقته، كما سلف، ولا ينكِرُ ما تَمَحَّض حقُّ الآدمي فيه إلا الوالي إن كان عامّاً، فإن كان خاصاً كمَطْلِ غنيٍّ وبناءٍ يضرُّه أنكَرَ بطلب مستَحَقِّه، لا بضربٍ أو حبس.

ويجب على صاحِبِ جدارٍ مستهدمٍ على طريق يُخْشَى سقوطه ويتضرَّرُ الناس به: هدمُهُ وإن لم يَمِلْ، قاله الطنبداوي، قال موسى بن الزين: وحيثُ ضيَّق اللَّعابونَ بالكُرَة وغيرِها الطريقَ على المارَّة، أو حَصَلَ على الناس أَذَىً بِفِعْلهم أو صِياحِهم يمنعُهم سكونَهم بنومٍ ونحوه، أو جلوسَ الناس بأفنيتهم: لزم أولياءَهم وسادَتَهم ـ بل كلَّ من قَدَرَ ـ زجرُهم ومَنْعُهم، ومن امتنع عُزِّر، قال: وحيثُ رُفِع منكرٌ لوالٍ فقَدَرَ على إزالته فلم يُزِلْه: أَثِم.

ومنها: ردُّ السلام على من ابتدأه به ولو آخِرَ مجلسِهما ـ لا إن ثَنَّاه في مجلسٍ ـ من جنسه، أو نحوِ مَحْرَمه، أو عجوزٍ، أو جَمْعِ نِساءٍ، ولو صبياً وسَمِعه، أو أشار به أخرسُ: بأن سَمِعه مع إشارته لأَصَمٍّ، لا على من يبولُ أو يَستنجي، وآكلٍ أو شاربٍ حالَ شُغْل فمِه، ومُصَلٍّ ونحوه، ومَنْ في الحمَّام، ويجب على مستمعِ الخُطْبة والتالي، لا المستغرِقِ في

الدعاء، على ما رآه النووي، قال الأَذْرعيُّ: وَلْيكُنِ التالي مثلَه إن استغرقَ بتلاوته وحُسْنِ تدبُّره، بل أولى، وينبغي أن لا يَبدأَ به المغتسلَ عارياً، ولا يجبُ ردُّه، وبه صرَّح الأذرعي وغيره، كما قالوا ضابط ذلك: أن يكون بحالةٍ لا يليقُ القربُ منه فيها، قاله الإمام، فدخَلَ الخطيبُ، والمؤذِّنُ، والناعسُ، واستظهر زكريا سَنَّ ابتداءِ المتوضِّىء به، ووجوبَ رَدِّه، ومثلُه المغتسِلُ في ساتر، ويجبُ اتصالُ الجواب به، ويكفي مِن أحدِ الجماعة، لا من صبيٍّ عن بالغ، ويسنُّ قوله: عليكم ولو لواحدٍ، ويُشترط في الجمع فيهما، ولا يَكفي جوابُه بـ: وعليكم فقط، في الأرجح، إلا الذميَّ، ولا يكفي الابتداء بـ: سلامي عليكم، أو: وعليكم السلام ـ بالواو ـ، ويكفي جوابٌ لسلامَيْن اتَّفقا أو أكثر، لا لسلامٍ قارنه، فإن بدأَ كلٌّ منهما وَتَرَتَّبا: كَفَى له، ويسنُّ لكلٍّ جوابٌ، ويندبُ تركُهُ على مبتدعٍ، وفاسق، ولا يجبُ ردُّهما، بل ينبغي تركُه، كما نقله النووي عن البخاري وغيرِهِ وأقرَّه، إلا لعذر، ومن ابتدأَ فلم يُجَبْ: سُنَّ له أن يُبْرئه ليَسقطَ حقُّه، ولو أسقطَه عنه في وقته: لم يَسْقط به، قاله المتولِّي، لأنه حقٌّ لله تعالى، قال النووي: ولا يتركُه بظنٍّ أنه لا يُجَاب، ليؤدِّيَ ما أُمِر به، ويكرهُ من رجلٍ على شابَّة، ويحرمُ عليه منها ابتداء وردّاً، قال في «العباب»: ولا يجزىءُ فيهما: سلاماً عليك ـ بالنصب ـ، أي: سلمتُ عليك سلاماً، وذِكْرُ الواو قبل: عليكم في الجواب، وتعريفُ السلام فيهما، وتنوينُ المنكَّر: أولى، سيَّما إن عرَّفه البادىء، وكذا زيادة: ورحمة الله وبركاته، فإن زاد: ومغفرتُهُ: فأكملُ، ويَحرِصُ المجيبُ عليها إن بُدِىء بها، وظاهرُ القرآن وجوبُه[1]، وهو ظاهر كلام الرُّوْياني، كما قال ابن النَّحْوي، ولم أَرَ من صرَّح به.

---

(١) في قوله تعالى: ﴿ . . . فَحَيُّوا بأحسَنَ منها أو ردُّوها ﴾ والأصل في الأمر أنه للوجوب.

ويسنُّ القيامُ لوافدٍ لصفةٍ فيه دينيةٍ، وتقبيلُ يدِهِ ورِجْلِهِ ونحوهما، كعلمٍ وشرف، إكراماً له، لا رياءً وتعظيماً، أو لدنيا ورئاستها، بل يكره جداً إن لم يَخْشَ شراً، وتحرمُ محبةُ الوافِدِ للقيام لذلك.

ويسنُّ تشميتُ مَنْ عَطَسَ وحَمِد اللَّهَ، وأكملُ حَمْدِهِ: الحمد لله ربِّ العالمين على كل حال، فيقول: يَرْحَمُكَ الله، ونحوه، ويُسَنُّ له أن يَردَّ عليه: يهديكم الله ويُصْلحُ بالكم، ولا يجب، لأن أصلَ المراد انتهى بالشِّقَّين الأوَّلين، بخلاف ردِّ السلام، ويكرهُ تشميتُ من لم يَحْمَد، فإن حَمِد قَبْلَه ليذكِّره: فَحَسَنٌ، وإن شكَّ: فلا بأس أن يقول: يرحمك الله إنْ حَمِدْتَه، وكذا من حَمِدَ ولم يُشَمَّتْ يقول: يرحمني الله، قاله العبَّادي فيهما، وروي البخاري في «الأدب المفرد» له بسندٍ رجالُه ثقات ـ كما قال ابن حجر ـ عن علي رضي الله عنه قال: من قال عند عَطْسةٍ سمعها: الحمد لله ربِّ العالمين على كلِّ حال ما كان: لم يَجِدْ وَجَعَ الضِّرسِ ولا الأُذُنِ أبداً، وروي: أن من بدأ العاطسَ بالحمد أَمِنَ من ذلك، ومن وَجَعَ البطن، فإن تكرَّر ثلاثاً فأكثر: دُعِيَ له بالعافية، ولا يُشَمَّتُ فوق الثلاث، ومن عَطَسَ في صلاةٍ: أَسَرَّ به، أو بولٍ أو جماعٍ: حَمِد في نفسه بلا لفظ؛

وتسنُّ زيارةُ الإخوانُ والصالحين، واستزارتُهم بقَدْر الرغبة والنيَّة، وإرسالُ السلام للغائب ولو بكتاب، ويجبُ عليه ردُّه لفظاً فوراً، كردِّ الحاضر، أو بكتابةٍ في جوابها، قالوا: ويجبُ على الموصَى به تبليغُهُ، وذلك إن قَبِل الوصيةَ بلفظ يدلُّ على تحمُّلها، كما علَّلوه: بأنه أمانة، ولذلك قال في «العُباب»: يجبُ إنْ تحمَّله، وتكليفُهُ الوجوبُ بمجرَّد توصيةِ غيرِهِ من غيرِ التزامٍ منه: كالمُحَال، والظاهر أيضاً أنه لا يلزمُه

التَّعَنِّي له، بل إذا وَجَدَه وَذَكَرَ، وحيثُ لم يَصْدُر منه التزامٌ فله التبليغ، لأن من قبول الوديعة فِعْلَ الحفظ.

وتسنُّ المصافحةُ بالبشاشة عند ابتداءِ كلِّ لقاءٍ حيثُ يجوز المسُّ، ويجوزُ للشخص إظهارُ خلافِ ما يُبْطنُه، وليس من المداهَنَة المحرَّمة، لامتها فيما كان على باطل، قاله الشيخ عز الدين.

ويسنُّ ردُّ التثاؤب طاقتَه، وَسَتْرٌ فيه ـ ولو في الصلاة ـ بيساره، ويُكره رفعُ صوتِهِ به.

## فصل

يُسنُّ للإمام إذا غزا قوماً ـ وإنْ قلُّوا ـ أن يؤمِّر أحدَهم ممن يكمُلُ لذلك، وأوجبه ابن سُرَيج، قال ابن عَبْسِين: وهو الظاهر، ويكرهُ الغزوُ بلا إذنه، قال البُلْقيني: إلا إذا أَعْرَضَ عنه شُغْلاً بالدنيا، وللوالي الاستعانةُ بمراهقين، أقول: وعبيدٍ بإذن الوليِّ والسيد، ولا يصحُّ استئجارُهما مسلمين، خلافاً لبعضهم، وكذا بالنساءِ بإذن الأولياء.

إذا التَقَوْا فَتَتَرَّسَ الكفارُ بنسائهم وصبيانهم: رَمَيْنَاهم، أو بمسلمٍ أو ذِميٍّ: تركنا الرميَ إلا لضرورةٍ وخوفِ غَلَبتهم، وَيَتَّقي عينَه[1] ما أمكن، وكذا تُرْسُه، لَا تَعَمُّدَه[2]، فإنِ احْتِيج: جاز، وضمن، كما قاله المتولِّي، وجزم به في «العباب».

## ١١٣٢ ـ مسألة

يحرمُ الفِرارُ بعد التَّلاقي ـ لا تَرْكُ القتال قبلُ ـ إذا لم يَزِدْ الكفارُ على

---

(١) أي: يتقي رميَ ذاتِ من تَتَرَّس به الكفار من مسلم أو ذمي.
(٢) كذا، وينظر.

مثلَيْنا، وإن خِفْنا الهلاكَ، لا إنْ تَحقَّقْناه، أو ذَهَبَ السلاح، أو فرسُ مَن لا يقدِر على الترجُّل، وكذا إن غلبَ ظنُّ هلاكنا بلا نكايةٍ فيهم، فيجب حينئذٍ، ولا يحرمُ انصرافُ رجلٍ فقط عن اثنين، وإنما المنعُ: في الجماعة، ومن قُدِر عليه منَّا وَرَجَا السلامَةَ بترك الامتناع: فله تركه، لا المرأةُ إن خَشيتِ الوِقاع.

## ١١٣٣ ـ مسألة

يُرَقُّ بالأَسْر نساءُ الكفار، وصبيانُهم، ومجانينُهم، وكذا عبيدُهم وإن كانوا مسلمين، والأحرارُ إلى رأي الإمام بالمصلحة، فإن قَتَل: فبالسيف، لا بتفريقٍ ونحوه، وإن فَادَى ولو بردِّ أحدٍ منا: جاز، وكذا أسلحةٌ سَلَبوها، فإن أرادوا ردَّ أسلحتهم منا بأَسْرى لنا معهم: جاز على أَوْجَهِ الوجهين، أو بمالٍ: فلا، وإن اختار رِقَّ حرٍّ له زوجةٌ منهم، أو رُقَّتْ مزوَّجةٌ ولو بمسلمٍ: انفسخ نكاحُها بذلك، إلا إنْ كانا رقيقَيْن أولاً أو سُبِي الرقيقُ فقط من زوجين؛ ومن أسلم بعد الإسْر: مَنَعَ نفسَه من القتل، وتَبِعه ولدُهُ الصغار وإن سَفَلوا ومن كان جنيناً، وإن رُقَّ هو وتخلَّفوا بدار الكُفر فيحرُمُ سَبْيُهم بعدُ، إلا إن كانوا أرِقَّاءَ قبلَ إسلامه فَيُسْبَوْنَ وهم مسلمون، كما لو أسلمَ عبدُ الكافرِ ثم سُبِي، كذا أوضحَ المسألةَ موسى بن الزَّين، وأبو بكر بن قعيش، وصاحبُ «الإيضاح» اليمنيُّون، وهو مأخوذٌ من كلام الشيخين وغيرهما، وإن أَوْهَمَ بعضُهم خلافَه، وهو ما أطلقوه في باب اللَّقيط.

وإسلامُهُ قبلَ الظَّفَر به يَعْصِمُهم كذلك وعتيقَه ولو في كفره، لا زوجتَه، بل إن استُرِقَّتْ: انقطعتِ الزوجيةُ، كما ذكر، وإلا فعلى ما ذكروا في النكاح من أنها تنقطعُ إن كان قبلَ الدخول، أو أصرَّتْ على

الكفر إلى انقضاءِ العِدَّة، وكذا لو أسلمتْ دونه ولم يُسْتَرَقَّ، ولو نكح المسلمُ حربيةً، فهل تُسْبَى كمنكوحةِ الحربيِّ بعد إسلامه، أو يَعْصِمُها العقد في الإسلام؟ صحَّح الشيخان في «المنهاج» و«المحرَّر»: عصمَتَها، وفي «الروضة» والشرحين: عدمَها، وصوَّبَه الزركشيُّ وغيره، ونقله في «البحر» عن النصِّ، وجزم به الجُرْجاني وجمهورُ العراقيين؛ ومنِ ادَّعى الإسلامَ قبل الأَسْر: قُبِل إنْ أخذناه في دارنا ولم يُرَقَّ، وإلا فلا، إلا ببيِّنةٍ، ويقبلُ لنفيِ الرِّقِّ رجلٌ وامرأتان.

ولا يَسقُطُ عمن أسلَمَ ما عليه لمسلمٍ أو ذِميٍّ، وكذا لمعاهَد ومستَأْمَن بعقد، إلا بنحو خمر، ولا ما لزمه لحربيٍّ باختيارهما كثمنٍ وقرضٍ، ويسقطُ ما أتلفه عليه في كفرهما، أو على مسلم أو ذميّ، ولا يسقطُ برِقِّ الأسيرِ دَينٌ عليه لمسلم، وكذا الذميِّ في الأصح، إلا أن يكونَ الغريمُ سابيَه، فيسقطُ منه قدرُ ما مَلَكه وهو أربعةُ أخماسِه، ولا يلزمُهُ ما أتلفه حالَ حربيَّته، فلا يُسمَّى دَيناً، ويُقضَى دَيْنُه مما بقِي له من مال لم يُغْنَم، أو غُنِمَ بعد إرقاقه، أو يَقْضيه إن عُتق، ويسقطُ برِقِّه مالَه أو عليه من دَيْن مع حربيٍّ، لا مالَه على مسلم، أو ذمي، أو عنده كوديعةٍ، قال زكريا: والظاهر أن لسيده أن يُطالبَه به ما لم يُعتق؛ وإذا قَهر حربيٌّ حربياً بقصْد تملُّكِه مَلَكَه، وإن كان المقهورُ أصلاً للقاهر أو فرعاً: فيَعْتِقُ عليه، بل قد يتردَّد في الحكم برِقِّه، وكذا إن وطِئ جاريتَه فحبِلت، أو زوجاً للقاهر: فينفسخُ نكاحُهما، أو القاهر مَدِيناً أو عبداً للمقهور: فيسقطُ الدَّين وينعكسُ المِلْك، فيكون القاهرُ حرّاً.

ولا خُمُسَ فيما نَهَبَه الكفار بعضُهم من بعض، بل يملكُهُ الناهِب وإن حدث إسلامهم، بخلاف ما نهبوه من مسلمٍ فحرمتُهُ باقيةٌ، فيردُّ إليه إن صار إلينا ولو بشراء منهم، وما سَرَقَه أحدٌ منا أو التقطَه: فغنيمةٌ له،

ويجبُ تخميسُها عند الجمهور، لكن إن كان بدارِهم مسلمٍ يمكن كونُ اللُّقَطة له فلا بدَّ مِنْ سَبْقِ تعريفها، قال الشيخ أبو حامد: يوماً أو يومين، وقال الإمام: بحيثُ يبلُغُ خبرُهُ الأجنادَ إذا لم يكن ثَمَّ مسلمٌ غيرهم، وإلا فيعتَبَرُ اطِّلاع مَنْ ثَمَّ، ولا نَظَرَ إلى احتمالِ مرورِ غيرهم، قال البُلْقيني: ونُصَّ عليه في «الأم» في «سِيَرِ» الواقدي، وهو المعتمد، فهو مستثنىً من قاعدة اللُّقَطَة، وفي «المهذَّب» و«التهذيب»: تُعَرَّفُ سَنَةً، وظاهر كلام الرُّوياني وغيرِه ترجيحُه، ولم يرجِّح الشيخان شيئاً، ونقلا عن «التهذيب» الجزمَ بأنَّ من أَخَذَ من حربيٍّ شيئاً بصفة السَّوْم ثم جَحَده، أو هَرَب: اختَصَّ به ولا يُخَمَّس، وقالا: إنه شبيهٌ بصورة السرقة، ولم يزيدا، وجزم ابن المُقْرِي في «روضه» بما في «التهذيب»، وسكتَ عليه شارحُهُ، وفي الفرق بينهما عُسْرٌ، قال زكريا: فلو اشترى منه ابنَه أو بنتَه: لم يملِكْها بالشراء، بل بالاستيلاء، وعليه تخميسُها، بخلاف ما لو باعه من لا يَعْتِقُ عليه كأخيه: فيملِكُهُ كلَّه.

وإذا أَسَروا مسلماً وَقَدَرْنا على فكِّه بلا فداءٍ: وجب، وكذا إن رَجَوْناه ولو بإنهاضِ عسكرٍ لذلك وقتالِهم، أما فداؤُه بالمال فَسُنَّة، فمن قال لكافر: أَطْلِقْ أسيرَكَ ـ وعليَّ لك كذا ـ فأطلقه؛ لزمه، ولا يَرجِعُ به على الأسير، إلا أن يكونَ بإذنه فَيَرجِع به وإن لم يذكر رجوعه، ويجوزُ إتلافُ مال الحربيِّينَ قبلَ الظَّفَر به، إلا حيواناً بغير ذَبْح مأكولِهِ، في غير القتالِ عليه، أو خشيتِهِ، وإلا إحراقَ ما وجدناه من كتبهم المبدَّلة، بل يُمْحى إن أمكن، وإلا فيمزَّق، لما فيه من أسماء الله تعالى، وقد سَبَقَ في الطهارات مَنْعُ إحراقِ اسم الله إلا ما تعيَّن لصيانته.

## ١١٣٤ ـ مسألـة

لا تُملكُ الغنيمةُ إلا باختيار تَمَلُّكها، فمن أعرض قبلَه: سقط حقُّه ولو محجوراً عليه وإن فَهِم بعضُهم منعَه في السفيه من كلام الشيخين، فإنما نَقَلاه عن الإمام وهو فَرَّعَه على أنها تُمْلَكُ بالاغتنام، كما صرَّح به في «البسيط»، ومن مات: قام وارثُه مَقَامه، ولو أرضَى الإمامُ كلَّ الجيش عنها، وأراد وَقْفها على ما فيه مصلحتُه: جاز، كما فعله سيدنا عمر رضي الله عنه في سواد العراق، ويجوزُ له إرقاقُ بعضِ الرجل، وحيثُ كان مَنْ غَنِمَ منفرداً فللإمام أيضاً اختيارُ المنِّ على أسيره للمصلحة، فإن أرقَّه: فما زاد على الخُمُس للغانم، وكذا بدلُ فدائه كرقَبَته قياساً، وإذا وطىءَ غانمٌ جاريةً بينهم فولدُهُ حرٌّ إن كان موسِراً بقيمته بينهم، وإلا رُقَّ ما زاد قسطُهُ، على المعتمد كما ذكروه في الكتابة، وفي دية الجنين، وصحَّح الشيخان هنا أنه حرٌّ كلُّه، ويُغرم قيمتُهُ في ذِمته، وأَجْرَياه في كلِّ شَرِيك مُعْسِر، ويَسْرِي استيلادُ المُوْسِر إلى بقية الأم، لا المعسِر.

## ١١٣٥ ـ مسألـة

لا يُقْتَلُ كافرٌ جاء إلينا رسولاً منهم بأمرٍ، ولو بتهديدٍ، أو يَسمعُ قرآناً أو حديثاً مدةَ الحاجة، ويُصَدَّق بذلك، فإن اتُّهِم حلِّف، لا من جاء لتجارةٍ وإن ظنَّه يُؤَمِّنُه، إلا بخبرِ مسلمٍ فيبلَّغُ مأمَنَه، وللإمام الإذن فيه لمصلحةٍ، لا لغيره، ولا يَتَعَرَّضُ لمن أَمَّنَه منا مكلَّفٌ مختارٌ ولو مملوكُ كافر، وكذا أسيرٌ مطلَقٌ ببلدهم إن نصَّ على العموم وإلا اختصَّ ببلدهم لا مقيَّداً ونحوه، ولا بدَّ من صيغةٍ تفيد ذلك ولو معلَّقةً، وبكتابةٍ أو رسولٍ ولو كافراً أو صبياً يُوثَق بخبرهما ورضاءِ المؤمَّنِ ولو بإشارته، لا سكوتِهِ،

لأن شَرْطَه أن نُؤَمِّنه كما أَمِننا، ومثلُه: إذا أمَّنوا أحداً منا مع من أَمَّنوه، ولا تزيدُ على أربعة أشهر، ويُحمل الإطلاق عليها وعلى دارنا كلِّها، إلا إن تعيَّن موضعٌ فيختصُّ به، ويبلِّغُ مَأْمَنه آخِراً، وله نَبْذُهُ قبلُ، لا لنا، إلا لخوفِ خيانة، ويأمَنُ ما معه من أهلٍ ومالٍ ـ ولو لغيره ـ إنْ أمَّنه الإمام، لا غيرُهُ، إلا بنصٍّ عليه، ولا ما بدارِ الحربِ وإن شَرَطَ، نعم يُؤمَّن على ما معه واحتاجَه من المال فقط، وللآحادِ أمانُ قريةٍ صغيرة، وَجَمْعٍ محصورين، وللإمام التعميمُ بالمصلحة، ولا أمانَ لجاسوسٍ فَيُغْتَالُ وإن أُمِّن، ويجبُ الوفا للمبارِز بما شَرَطه، إلا أن يُثْخِنَ المسلمَ فلنا منعُه من قَتْله وإن قَتَلْناه، وإذا مات الآمِنُ فمالُهُ آمِنٌ، وهو لوارثه الذميِّ إن كان، لا الحربيِّ، إذْ لا تَوارثَ بينه وبين الآمِن، فيكون معه فيئاً، ويجوزُ تأمينُ عددٍ معيَّن، فيجوزُ قَتْلُ من زاد.

## ١١٣٦ ـ مسألـة

يسقطُ بالإسلام حدُّ الزنا، لا الكفاراتُ، ولو نَهَبوا جـاريةَ مسلمٍ ووُطِئت، فهي وأولادُها له إن عادتْ، ولا يجبُ استبراؤها، لأن وطأَهم زنا، ولم تَزُلْ من مِلكه، ويسنُّ، وإذا أُطْلِق الأسيرُ على مالٍ: وَجَبَ عليه الوفاءُ به، فإن قالوا: إما أن تعودَ إلينا، أو تبعثَ كذا، لم يلزمه، إذ لم تتعيَّن عليه، ولا يجبُ العودُ، بل يحرمُ، ويسنُّ بعثُ المالِ كما بينه الدارميُّ، وقُرِّر، فإن اشتَرى شيئاً مختاراً لزمَه بَعْثُ ثمنِهِ، أو بشرطٍ عند الإطلاق: لم يصحَّ، ويردُّه، وحيثُ لم يذكروا أماناً ولا ذَكَره ولا شَرَطوا عدمَ خروجِهِ: فله اغتيالُهم، وإلا حَرُم، وله الخروجُ بل يجبُ إن لم يقدِرْ على إظهار دِينه ثَمَّ، وإلا استُحِبَّ، إلا أن يرجوَ إظهارَ الإسلامِ وإسلامَ غيره، ومثلُه: مسلمٌ مقيمٌ هناك ولو امرأةً بلا مَحْرَم، نعم إن

اعتزلَ بموضعٍ اختَصَّ به وامتنع وجبتْ إقامته به، لأنه صار بها دارَ إسلام، فيصيرُ بهجرته دارَ حرب.

## فصــل

إذا بَذَلَ الجزيةَ يهوديٌّ، أو نصرانيٌّ، أو مجوسيٌّ أو متـولِّدٌ منهم ولو بالأمِّ ومن غيرهم، أو هو زاعمٌ التمسُّكَ بدينِ نبيٍّ قبل نسخه ـ لا متهوِّدٌ بعد عيسى ـ وهو بالغٌ عاقلٌ حرٌّ ذكَر: وجب عقدُ الذِّمة له بصيغةٍ تدلُّ عليها بلا توقيتٍ، على شرط: انقياده لحكْمنا، وتقديرِ الجزية، وأقلُّها دينارٌ أو ما يُسَاويه لكل سَنَة، ولا بدَّ من قبوله، ويُؤخَذ منه آخِرَ الحَوْل، ومن المُعْسِر إذا أَيْسَر، ويُلَفَّق ما تَخَلَّله جنون، وَأَمَانُه فيه تامٌّ، وإن بذلتِ التزامَ الانقيادِ امرأةٌ منهم عُقِد لها بلا مال، فإن بذلَتْه عالمةً أنه لا يجبُ فهبةٌ منها، ولا يُعقَد لسفيهٍ بأكثرَ من دينار، ويأمَنُ بها نساؤه في دارنا وأطفالُه ومالُه ومن عَيَّن من حُرَمه ولو في غيرها، ومن مات في أثناء الحول أُخِذ قسطُه، ومن كَمُل جُدِّد له عقدُها وإلا بُلِّغ المَأْمَن إن أَبَى، ولا تُعْقَد لسُكْنى الحجاز، ويجوزُ دخولُه لحاجةٍ غيرَ حَرَم مكةَ بلا إقامة، فإن دخل بتجارةٍ لمصلحتنا بشرطٍ معيَّن أو جزءٍ منها: جاز ثلاثاً فأقلَّ إن شُرِط، ككلِّ كافرٍ لا ذمةَ له في بلادنا بالإذن ولو طال في غيرِ الحجاز، ويؤخذ ما شُرِط لكل سنة، أو كلِّ دَخْلة إن شرط.

وعلينا مَنْعُ أهلِ الذمـة من عدوِّهم، وينتقضُ عهـدُهم بقتالنـا، أو الامتناعِ من الجزيةِ، أو الانقيادِ للحكم، وكذا إن قَتَل مسلماً عمداً أو زَنَى بمسلمة، قال البُلْقيني: أو لاطَ بمسلم، أو جَهَر بسبِّ الله تعالى. أو كتابه، أو النبيِّ بما لا يَدين به، أو تجسَّس لكفار، أو قَطَعَ طريقنا إن شُرِط انتقاضُ العهد بها، وإلا فلا، وإذا انتَقَضَ بقتالٍ أو بغيره اختار فيه

الإمام ما في الحربيِّ من: قتلٍ أو مَنٍّ أو فداءٍ إن لم يَسْأَل تجديدَ العهد قبلُ، وإلا أجابه وجوباً.

وإذا صالح قوماً على بقائهم في أرضهم ـ وهي لهم ـ على خَرَاجٍ رآه: جاز ولو لم يبلُغْ قَدْرَ الجزية، أو على أن الأرض لنا فهو ذمةٌ، والمشروطُ جزية، فلا بدَّ من بلوغ قَدْرها، ويُمْنَعُ الذِّمي من ندائه بما يُشْعِر بالرِّفعة: كشريف، صرَّح به القَرافيُّ في «قواعده»، وفي كلامِ الماورديِّ ما يُشْعِر به، ونقله المُزَجَّد وأقرَّه، ويُلزَمُ ـ ولو امرأةً ـ بالزُّنَّار أو الغيار ظاهراً وَشَرْطُ جمعهما أولى، وكذا من دَخَلَ بأمان، أو تاجراً، أو رسولاً وإن لم يَطُلْ مُكْثُهُ، كما أجاب به موسى بن الزين، وقال: إنه قضية كلامهم.

## فصل

تجوزُ مصالحةُ الكفارِ للمصلحة من الإمام أو نائبه أربعةَ أشهرٍ، فإن ضَعُفْنا واحْتَجْنا لأكثرَ من ذلك: جازتْ بحسب ذلك، وأكثرُها عشرُ سنين، ويعيَّنُ قدرُها، وإلا فَسَدَت، ويُفْسِدُها شرطُ بقاءِ أَسْرَانا أو مالِنا لهم، أو دفعِهِ لهم، ويجوزُ شرطُ نقضِ الإمام لها متى شاء، ولا تُنْقَض في مدَّتها إلا بنَبْذهم لها، أو قتالنا، أو مواصلةِ أهلِ الحرب بعورة لنا، أو قتلٍ ممن فَعَل أو عَلِم ولم يُنكِر، لا من أنكَرَ وأظهَرَ بقاءَه عليه. وله نقضُهُ إن خاف خيانةً ويبلِّغُهم المأْمَن، فإن انتقض بفعلهم لم يجبْ ذلك وجاز قتلُهم وَبَيَاتهم كأهل الحرب بالأصل، لا لنازلٍ بنا، فنبلِّغْه مأْمَنه.

وأما الكفارُ الإفرنج الذين يدخُلون بلاد المسلمين للتجارة، ويقرُّهم المسلمون على صفة المصالحة لهم خوفاً من شرِّهم، من غير التزام شروطِ الهدنة المقرَّرة: فقضيتُهم طامةٌ في الدِّين، وبليةٌ نازلةٌ

بالمسلمين، رفعها الله وبدَّد شملَهم ودمَّرهم آمين، وموجَبها الضرورةُ. والمصالحةُ للضرورة جائزةٌ، وكذا للمصلحة بشرطها، ولكنْ أمر هؤلاء ليس جارياً على قاعدة ذلك. إذْ مبنى أمرِهم على أنهم متلصِّصةٌ لمن وافقوه من المسلمين، وبقاء من عندهم من الأُسارى، وكلٌّ واحد من ذَيْنِك مفسِدٌ للصلح، بل لو لم يكونا ففسادُها غيرُ مقدَّرة بمدَّة، وقد ذكروا أن حكمَ الهُدْنةِ الفاسدةِ أن يبلِّغوا مأمنَهم، ولا يُنْهَبُ ما معهم، ثم بعد ذلك لو حَصَلَ من هؤلاء نقضُ الصلح بإخافتِهم المسلمين وفسادِهم المذكور فحكمهم: إن قاتلوا قُوتِلوا، وإن كانوا في غير دارنا أن يُبَيَّتوا ويُغْتالوا ولا حرمةَ لهم، وإن كانوا في دار الإسلام وقَدَرْنا على نقض عهدهم أن ننبِذَه إليهم، ثم نبلِّغَهم مأْمنهم منا، وإن خشينا قتالَهم إن بَقُوا مطلَقين قَبَضْنا على أيديهم بلا قَتْل ثم ننبِذْ إليهم العهدَ ونسيِّرهم حتى يبلُغوا المأمن آمنين منا. ولكن هذه الحالة في صورة الإفرنج هؤلاء مشكِلةٌ، إذِ الظاهرُ أنا لا نَقدِر على قهرهم لنسلَم من شرِّهم إذا ظهرتْ خيانتهم إلا بقتال، فإن أمكَنَ بدونه فهو ممنوع، وإلا ففيه نظر، لأنا بين أن نقاتلَهم قبلَ نبذِ العهد، وبين أن نتركَهم فيبتدِئونا بالشرِّ، على أن نمكَّن منهم، ولا أدري ما أقولُ فيها، إذ لم أجدْ نصاً بعد البحث فيها؟ ولعل من هذه الحالة قضيةَ بدر معهم في الشِّحْر؟ والله يُصلحه ويعفو عنه آمين.

وأما العبيد الذين معهم من المسلمين: فإن تحقَّقْنا كونَهم أُسارى، وقَدَرنا على إنجائهم منهم وجَبَ علينا ذلك، وإن شَكَكْنا فاليدُ لهم فيهم بتقدير أنهم كانوا أرقَّاءَ كفاراً، وقد أَسلموا لكن لا يُقَرُّون بأيديهم، فإن أمكنَ إكراهُ من هو بيده على بيعِهِ لمسلمٍ: كُلِّف ذلك ويأخُذُ ثَمَنَه، وإن لم يكن فليبعْه السلطانُ، ويؤدِّي الثمنَ إلى من هو بيده إن قَدَرَ ولو بحيلةٍ

في ذلـك لا تُوهمُـه بيعَه بـاسم الفداء، وإلا يُحفظُ الثمن في مـال المجهولين أو الغائبين على حسب صورة القضية، فلعل صاحبَه يظهرُ أو يُسلمُ؟ ولا شيء لهم في الصورة الأولى، وإن عَرَفْنا أن مسلماً باعه لكافر وأخذ ثَمَنَه، فالعبدُ باقٍ على ملك المسلم، وعليه ردُّ الثمنِ إلى المشتري، ولا مطالبةَ له على قابضه، بل يجب حفظُهُ أو ردُّه على مالكه، والطلبُ بالثمن يكون بين العاقدَين ولا تعلُّق فيه برقبة العبد.

وإذا عَلِمناه مملوكاً لمسلم ولم نعرفْ عينَه، أو عَلِمناه وشَقَّ ردُّه: فللحاكم بيعُه، ودفعُ ثمنِهِ لمالكه، أو حفظُه إن غاب إن عُلِم، وإلا فهو في الأموال الضائعة، فإن وقعَ بيدِ غيرِ الحاكِمِ وخُشِي من الحاكم إن ولِّي أمرَه أن يأخذَه لنفسه، أو ثمنَه إن باعه بلا وجه شرعي: فقد ذكر الأصحابُ في مسألةٍ تُشْبهها أن من هو بيده يَجتهدُ في الأصلح: من بقائِه بيده أو بيعِهِ، وينبغي أن يُشَاوِرَ من هو في موضعه من العلماء والرؤساء، ويصرفَ ثمنه مصرفَ بيت المال إن عَلِمه، وإلا بفتوى عارفٍ به، ويقدِّمُ الأهمَّ فالأهمَّ، وإن قَدَرَ على أخذ إذْنٍ عام من الحاكم في بيعِ ما بيده مما يَسوغُ بيعُهُ للحاكم وصرفُ ثمنه في مصارفه، وفي صرف ما بيده من المال الضائع، ومن بيت المال من غير تبيينٍ لعينِ ذلك وإبهامٍ فيه: فهو أحوطُ، والأَمَةُ التي من هذا الضَّرْب لا يجوزُ تزويجها على مذهبنا إلا أن تُباع بطريقٍ مما سبق، فللمشتري حينئذٍ تزويجُها.

ومن خَرَج مع المسلمين من الإفرنج في مركب أو غيره وقد أمَّنه مسلم: لم يَجُزِ التعرُّضُ له، ويجبُ المنع من ذلك، فإن خَشِينا من دخولهم عندنا ضرراً: منعْناه ويبلِّغُ المأمنَ، وإن تحقَّقنا كونَه جاسوساً ونحوَه: لم يكنْ له أمان، ويجوزُ اغتيالُهُ، كما صرَّحوا به.

## ١١٣٧ ـ مسألة

إذا خِيفَ من الكفار أذى أحدٍ من المسلمين، كاصْطِلاحِهم[1]، وتعذيبِ أسيرٍ، ونهبٍ، ولم نقدر على دفعهم: جاز بذلُ مالٍ لهم في تركِ ذلك، بل يجبُ حيثُ يكون الضررُ تعذيبَ مسلمٍ، أو يُخشى فتنتُهُ في دينه، كذا صرَّح به الأصحاب، ومثْلُهُ: لو طلب الكفارُ من أهل بَرِّ الإسلام بذلَ ماءٍ أو حطبٍ يُطْلِعونه لهم إلى سُفُنهم، وإلا وقع منهم شيءٌ من ذلك، ولا طاقةَ لهم بدفعهم.

## ١١٣٨ ـ مسألة

قال ابن عبد السلام: المصائبُ بمجرَّدها لا ثوابَ عليها، لأنها ليست من كَسْبه، وإنما هي كفاراتٌ، وإن صَبَرَ أُثيب على صبره، وإن جَزِع أَثِم به مع تكفيرها؛ وفي نصِّ الشافعي ما يُخالف ما ذكره أولاً، وأنه يُثَاب على مجرَّدها، وأفتى بأن الذميَّ الذي يُسلِم، ثم يَقتلُ الكفار: أفضلُ من المجاهد الشهيد، لأنه يمحو كفرَ من قَتَلَه من قبله عند موته، فإنه لا يموتُ أحدٌ إلا مؤمناً؛ وقد يُتَوَقَّف فيه، لأن الإيمانَ عند الموت غيرُ مقبول.

(١) يريد: الأذى المستأصِل، ففي «القاموس»: «اصطلحه: استأصله».

# بـاب الصيد والذبائح

يَمْلِكُ الصيدَ ـ بريّاً وبحريّاً ـ مَنْ صاده ـ ولو بلا قصدٍ، أو بقصدِ نظره، ولو مجنوناً ـ بقَبْضِهِ بيده، أو: إزالةِ امتناعه بطيران، أو عَدْوٍ، وبهما من مُمْتَنِعٍ بهما، كَنَعامٍ وَقَطَا وَحَجَـل، بحيثُ يسهلُ قبضُـهُ بجرحٍ أو تعطيشٍ بعده: ـ وعَجَز عن وصول الماء ـ لا مجردِ الإعيـاء، أو: بوقوعِهِ في: شبكةٍ نَصَبها له ولو بطَرْد غيره إليها، لا بشبكةٍ بلا نَصْب له، أو في: بيتٍ، أو مَضِيقٍ لا يُفْلَتُ منه ويَسْهل أخذه، أو: أغلق عليه بابَه. واليدُ له ولو بغَصْبٍ لا لغيره، ومثلُه: إلْجاءُ سمكةٍ لبِرْكةٍ صغيرةٍ يسهُلُ به أخذه، وسقيُ أرضٍ ليُوْحِلَه[1]، أو حفرةٍ ليقعَ فيها، أو طرحُ جَرَّة ضيِّقة ليدخُلَ فيها النَّحْل فيملِكُها بدخولها، كما أفتى به موسى بن الزين، أو إمساكُ كلب ونحوِهِ أرسلَه وإن لم يكنْ له ولم ينفَلِتْ منه، فلو زَجَره فُضُولي في عَدْوِهِ فوقف، ثم أَغْراه فَعَدَا وصادَ: فهو للفضولي.

ولا يَملِك صيداً قَطَعَ الشبكةَ وانفلتَ، ولا ما عليه أَثَرُ مِلْكٍ كقِصِّ جناح، ويَملِك صيداً جَرَّ الشبكةَ معـه بقوتـه ـ وهي تحيره ـ فيؤخـذ بسهولة، لا غير ذلك، وَيَملك دُرَّةً في بطن صيدٍ لم تُثْقَبْ في بحرِّ الدُّرِّ،

---

(١) أي: ليوقعه في الوَحْل، وهو الطين الرقيق.

لا غيرها، ولا تَدخُل في بيعه، ومن أَخَذَ صيداً من مِلْك شخصٍ قبل أن يملِكَه هو: مَلَكَهُ وأَثِم إن لم يَرْضَ بدخوله، وسمكةٌ وقعتْ في سفينةٍ لصاحبها، فإن كان مستأجِراً فهل هي له أو لمالكها؟ وجهان، ومن بَنَى بناءً ليعشِّشَ فيه الطيرُ ويأخذَه وبيضَه وفرخَه: مَلَكَهما دون الأمِّ إلا بما سَبَق، لا إنْ بناه بلا قصد، ولا يَملِكُ المُحْرِمُ ولا الحلالُ في الحَرَم صيدَ البرِّ بأَخْذه.

## ١١٣٩ ـ مسألة

من ملك صيداً فأَفْلَتَه: أَثِمَ وإن قَصَدَ التقرُّب[١]، ولم يَزُلْ مِلكُهُ، قال الزركشي: إلا إذا خُشِي على ولدٍ له لم يَصِده، أو على أمِّ ولدٍ صادَه دونها، لحديثِ الغزالة[٢] التي أطلقَهَا النبيُّ ﷺ لأولادها لما استجارتْ به في الأولى، وحديث الحُمَّرة التي أُخِذَ فَرْخاها فجاءتْ وجعلتْ تُفَرِّش[٣]، فأمر ﷺ بردِّهما إليها في الثانية، وهما ـ أي الحديثان صحيحان ـ فينبغي أن يجبَ حينئذٍ الإفلاتُ فيهما، قال زكريا: والظاهر أنه ما لم يكنِ الولدُ مأكولاً صِيْدَ وأُريدَ ذَبْحُهُ فيجوز، ولا يزولُ الملك بالإفلات، نعم

---

(١) أي: القُرْبة والطاعة، بنية الإحسان إلى هذا الحيوان بأن يبيح تملكه لمن يصيده.

(٢) حديث تكليم الغزالة للنبي ﷺ رواه البيهقي من حديث أبي سعيد الخدري، وأبو نعيم من حديث أنس والطبراني من حديث أم سلمة، قال القسطلاني في «المواهب اللمدنية» ٥: ١٥٠ ـ مع شرح الزرقاني ـ: «له طرق يقوي بعضها بعضاً» ووافقه شارحه، أما تسليم الغزالة فهو الذي، قالوا فيه: لا أصل له.

(٣) وأما حديث الحمَّرة ـ وهي طائر صغير كالعصفور ـ فرواه أبو داود عن ابن مسعود بإسناد صحيح في كتاب الجهاد ـ باب كراهية حرق العدو بالنار ٣ : ١٢٥ (٥/٢٦١) ثم كرره في كتاب الأدب ـ باب في قتل الذرِّ ٥ : ٤١٩ (٥٢٦٨). وقوله في الحديث: تفرِّش أي: ترفرف وتقرُبُ من الأرض.

الأصلُ في الصيدِ الحِلُّ حتى يُعْلَمَ المانع، ولو أباحه لمن أخذه: جاز أكلُهُ لا بيعُهُ، وليس كالكِسْرة ونحوِها يُعْرِضُ عنها صاحبُها، فالأرجح عند النووي وغيره أنه يملكُها آخِذُها.

### فائـــــدة

روى أبو داود حديث: «أَقِرُّوا الطيرَ على مَكِناتها» ـ بفتح الكاف ـ أو: «مكاناتها» مرفوعاً ـ أي: الحديث، وضعَّفه[1]، وأسند البيهقيُّ إلى يونس بن عبد الأعلى عن الشافعي قال: كان الرجلُ في الجاهلية إذا أراد الحاجةَ أتى الطيرَ في وَكْرِهِ فنفَّره، فإن أخذ ذاتَ اليمين: مضى لها، أو الشمالِ: رجع، فنهى ﷺ عنه، وحكى الإمام وغيره هذا وجهاً، وذكروا وجهاً آخر أنه نهى عن الاصطياد ليلاً، وعليه يُكْره ذلك تنزيهاً، كذا في «المجموع» قُبيل باب النذر.

### ١١٤٠ ـ مسألة

الذبح الكافي: قطع الحُلْقوم والمَرِيء بحادٍّ ـ غيرِ سِنٍّ وعَظْم ـ

(١) رواه أبو داود آخر بابٍ في كتاب الأضاحي ٣: ٢٥٧ (٢٨٣٥) وهو أحد حديثين رواهما بإسناد واحد، ثم روى حديثاً آخر بإسناد آخر، وصوَّبه، وأشار إلى ضعف المتن الثاني الذي رواه مع الحديث المذكور هنا، فتضعيف أبي داود للثاني، لا للأول المذكور هنا، على أن تضعيفه لعلة إسنادية. أنظر «تحفة الأشراف» للمزي ١٣ : ٩٩، و«عون المعبود» ٨ : ٣٦ . وأما سباع بن ثابت في إسناده: فلا يضره قول الذهبي في «الميزان» ٢ : ١١٥: «لا يكاد يعرف» لأنه قد قيل بصحبته، بل ذكره الذهبي نفسه في «التجريد» ١: ٢٠٨، وهو في القسم الأول من حرف السين في «الإصابة» ٣ (٣٠٧٢) . والحديث ليس على شرط الهيثمي في «مجمع الزوائد» ومع ذلك ذكره فيه ٥ : ١٠٦ . وأما ضبط الكاف بالفتح: فهذا ضبط البيهقي لها ٩ : ٣١١، وقيل بضمها، والأكثر على الكسر.

بلا تَوَانٍ فيه حالَ كونِ حياةِ المذبوح مستقِرَّة، فلو جَرَحه سَبُع بقَطْع في الحلقوم، وبقيتْ مستقرَّةً، فذَبَحه في موضع الجرح وأتَمَّهما: قال أبو مخرمة: حَلَّ، وليس مقصودهم أن لا يكونَ في الحُلقوم قطعٌ سابق إذا بقيَ استقرارها، وكذا قال زكريا في «شرح البهجة»، لو قَطَعَ البعضَ مَن تَحْرُم ذكاتُهُ، وبقيتِ الحياةُ مستقرَّةً فقطع الباقي كلَّه من تحِلُّ ذكاتُه: حلَّ، وظاهرُ جزمه أنها منقولةٌ في المذهب، وأظنُّ في «شرح المنهاج» للأذرعي في مسألة السَّبُع مثلهما، فإنْ أنهاها جرحُ السَّبُع إلى عدم استقرارها: لم يحلَّ، وإن قَطَعهما من غير موضع الجرح، وكذا لو مات بقطْعِهما وجرحٍ آخَرَ معاً كإخراجِ حَشْوتها، وقد قرَّر الأصحاب ضبطَ الاستقرار بأنه قد يُتيَقَّنُ، وقد يُشَكُّ فيه، فإذا شُكَّ فيه فله دلالاتٌ، منها: الحركة الشديدة بعد الذبح، كما صححه النووي واعتمده، وكذا انفجارُ الدَّمِ مع أدنى قرينةٍ، فإن حَصَل اليقينُ بعدمه لم يَدُلَّا على شيءٍ، كما قال أبو مخرمة، فقد تَمْشي الدابةُ القويةُ بعد الذبح، أو في أثنائه إذا انفلتتْ بلا استقرار قطعاً، وعكساً لو عرفنا تَقَرُّرها ولكن بها مرضٌ أَصارَها إلى ضعف المذبوحِ حلَّتْ بالذَّبح وإن لم يخرجْ دمٌ، أو لم تتحركْ قطُّ، قاله زكريا.

وحيثُ شُكَّ فيه لم يَحِلَّ، وكذا إن بقي شيءٌ من المَذْبَح ثم قُطع بعد ذهاب الاستقرار، أما قبله: فإنْ كان لِتَوانٍ: فكذلك، كما نَصُّوه، وكذا لو رفَعَ يدَه إعراضاً عن الباقي، ثم أعادها، أو ذَبَحه من وجهه وَقَفاه لأنه ذبحان، أما لو قطع الباقي مع فَصْل يسيرٍ بلا تَوَانٍ: كأنِ انْفلتتْ شَفْرَته، فردَّها حالاً: فالذي رآه شيخنا الفقيه الإمام عبد الله با فضل الحِلُّ، قال: واعتمده القاضي إبراهيم بن ظَهيرة، ويؤيِّده أن النَّحْر في العُرْف: الطَّعْنُ في الرقبة، فيقعُ في وسط الحُلْقوم، فيقع الناحِرُ جانباً،

ثم يرجعُ للآخر فيقطعُهُ. انتهى، ويقوِّيه عن أبي مخرمة وزكريا ما نقلْناه من حلِّها بقطْع باقيهما مع استقرارها بعد قَطْع سَبُعٍ أو وَثَني ونحوه بعضاً، وهو ما يُؤخذ من تصوير الشيخين التحريمَ بعَوْده بعد ذهاب استقرارها، قال القاضي ابن عبسين: فهو المعتمد إن شاء الله تعالى، وقد نقل الشيخان عن الإمام ـ واعتمداه ـ أن شرطَ الاستقرار معتبَر عند أولِ الذبح بأولِ قطعٍ في الحُلْقوم والمَرِيء، ثم لا نَظَرَ إلى ما حَدَثَ بالقطع إلا أن يُشاركَه أَلَمُ قَطْعٍ قبله في سرعةِ الموت به، أو بتقصيرٍ في اتصالِ ذبحه تهاوناً.

والحلقومُ والمَرِيءُ معلومان، ومن الحُلْقوم: رأسُه المتَّصلُ بالفمِ عُجْرَةٌ لها شوارب، كما قاله الفقيه عبدالله با مخرمة، ونقل عن أهل اللغة ما يُؤخذ منه، قال: فهو من الحُلْقوم كالحَشْفَة من الفرج، فمتى وُجِد الذبح ومن طرفها شيءٌ متصلُ الاستدارةِ إلى جهةِ الفمِ: حلَّت الذَّبيحة، لا إنِ انْخَرَم شيء منه، أو حَصَل القطعُ بأصل اللسان الخارج عنه إلى جهة الفم، ويسمَّى الحِرْقِد ـ بكسر الحاء والقاف آخره دال ـ كما ذكروه في «تكملة» الصَّنْعَاني، وأما الحَرْقَدَةُ ـ بالفتح والتاء آخرها ـ فهي عَكَرَةُ الحَلْق المذكورةُ، فلعل ما انتشر في حَضْرَمَوْتَ من تحريم المحرقدة وقع في الأصل لما وقع في الحِرْقِد خلفها، ثم اشتبَه حتى رَأَوْه شاملاً لما وقع فيهما لاتفاق اللفظ، أو لعله رآه عالم منهم فيهما فأفتى به وانتشر ولم يُعَقِّبه من ينظُر في ذلك، فحِلُّ ما ذُبح في الحَرْقَدَة هو ما تقتضيه اللغةُ وعباراتُ القراء والأصحاب، وفي كلام «الأنوار» ما يكادُ يصرِّح به. انتهى بمعناه ملخصاً. ويكرهُ الذَّبح ليلاً سِيَّما في الأضحية، بل مَنَعَه فيها بعض العلماء.

## ١١٤١ ـ مسألة

أفتى أبو مَخْرَمة بالعفو عن أثر الفَضَلات التي في أمعاءِ المذبوحةِ ومصارينها بعد الخَرْط البالغ، وأنه لا يَحتاج إلى غَسل، ولا ينجُس ما طُبخ فيه، قال: وهو الذي أعتقده، وأدركت عليه العلماء في الأعصار وإجماع الناس على العمل به للمشقَّة في غَسْله، كما ذكروا في الدم الباقي على اللحم والخارجِ بقطْع عروقه، وَطَوَّل في ذلك، قال: وأما الكَرِشُ فلا بدَّ من غَسْلها لسهولته، أقول: وكذا دمُ المَذْبَحِ ونحوِهِ، كما نقلوه عن فتوى الغزالي، ومثلُهُ دمُ القلب وَسَبَقَه في المُصُر[1] إذا تعذَّر غَسْله بالعفو القِلَعيُّ، وبالعفوِ وعدمِ وجوبِ الغَسْل ولو للصوم والصلاة، وفي مثله من رَوْثِ الجَرَاد ونحوِه الآتي[2] ودُود الخَلِّ والفاكهةِ أجاب ابن حجرٍ الثاني.

## ١١٤٢ ـ مسألة

تَحِلُّ ميتةُ السمكِ والجرادِ، وأكلُه بحَشْوه، وكذا السمكُ الصغير على الأرجح، ولو ابتلعهما حَيَّيْنِ، أو قطعهما قطعتين حلًّا على الأصح، ويجوز قَلْيُ السمك في زيتٍ ونحوه ولو حياً، كقَطْعه كما في «الروضة»، قال: لأنه صار عيشُهُ في البرِّ كمذبوحٍ، ويكرهُ، وَمَنَعَه الشيخ أبو حامد بناء على مَنْع بلعه حياً، وأَلْحَقَ ابن النَّحْويِّ وزكريا شَيَّه بقَلْيه؛ وفي «فتاوي» القاضي حسين في جرادٍ ضرَّ زرعاً أنه يُدْفَعُ بالأهونِ فالأهونِ، فإن لم يندفعْ إلا بالإحراق جاز، أي: بلا كراهةٍ، قال أبو شكيل:

---

(١) الضبط من الأصل، ومراده المصارين، التي هي الأمعاء، ولم أر في «القاموس» هذا الجمع «المُصُر».

(٢) كذا رسمت في الأصل؟.

وهو كما قال ابن النَّحْوي يقتضي مَنْعَه أولاً، قال أبو شُكَيل: وهو ما نُقِل عن أبي الحسن الأَصْبَحي، وهو سديدٌ، لإطلاق الأدلة الناسخة لما يدلُّ على الجواز، لكن الظاهر أنه لا يُعَدُّ من الكبائر، وإلى مثلِهِ أشار في «الروضة» عند عدِّها بقوله، وللتوقُّف في بعضها مجالٌ، وأظنني رأيتُ عن بعض أئمة اليمن جوازَ ذلك وأنه كذكاةِ غيرِهِ، ويُؤْخذ ذلك من قول زكريا بعد حكم قَلْيِ السمكِ وَشَيِّه: والجرادُ مثلُهُ، وفي كلام ابن النَّحْوي ما يُفْهِمُ الميلَ إلى ترجيحه، لكنْ تعليلُ «الروضة» بأن السمك في البرِّ كالمذبوح يدلُّ على منعه في الجراد، لاستقرار حياته، فيكون تعذيباً، وبه جَزَم فيه وفي السمك في «العباب»، أي: وإن كان نفسُ الأَكْل لا حُرْمة فيه، وهو ما في «كافي» البَنْدَنيجي، لكن يَحتمِل ـ كما قيل ـ أنه مما يُحْرم ابتلاعُهما حيَّيْن، وبمَنْعِ إحراقِ الجراد أفتى شيخنا عبد الله با فضل، وهو مقتضى إطلاقِ النووي في «الرياض» في ترجيحه تحريمَ إحراقِ الحيوان، وقال شارح «المُقْنع» من الحنابلة: كَرِه أحمدُ شَيَّ سمكٍ حيٍّ لا جرادٍ، والله أعلم.

## ١١٤٣ ـ مسألة

أكلتْ شاةٌ، أوعزت عَلَفاً كثيراً[١] انتهتْ به إلى حركة المذبوح، فَذُبِحت، وشُكَّ في استقرار حياتها حينئذٍ، فلم يَظْهر لي فيها إلا التحريم، إذْ لو لم تأكُلْه أصلاً، وكان ذلك حالَها: لم تَحِلَّ، وهذا سببٌ ظاهر للهلاك، فالتحريم معه أولى، وما ذَكَره الأصحابُ في المريضة التي صارت إلى أدنى رَمَقٍ فَذُبحت أنها تَحِلُّ، بناءً على أصل الحياة، مع أن

---

(١) عُلِفَت مرةً بعد مرة.

حالَها فيها كذلك: يَنْدَرجُ فيه ضَعْفُها شيئاً فشيئاً مع بقاء الحياة، فذلك لا سببَ فيه يُحالُ عليه الموتُ إلا ما يَعْتاده مع استقرار الحياة، فلا يُحال عليه الموتُ أن يكونَ سبباً له، ولذلك قالوا: لو ذبحها من القَفَا بحيث يُشَكُّ في استقرار الحياة عند قَطْع الحُلْقوم: حَرُمَتْ لوجود السبب الذي يُحَال عليه الموت، لا بصفةٍ تكون مع الحياة المستقِرَّة في الدوام.

وقد نقل الشيخان عن القاضي حسين فيما إذا أكلتْ نباتاً مضرّاً ـ يَعْنُون: ولا سُمِّيَّةَ فيه ـ وشُكَّ في حِلِّها، أنه جَزَمَ مرةً بالتحريم، وقال مرة: فيه وجهان، وسكتا عليه، ومثلُ ذلك يُشْعِر بترجيحِ التحريمِ، أو جَزْمُه به يُؤْذِنُ بترجيحه، وبه يُشْعِر كلام «جامع المختصرات» فإنه قال: يحرم، أو فيه تَرَدُّد، وعادتُه تقديمُ الراجح، وهو هنا الجزم بالتحريم، وكذا جَزَمَ بالتحريم فيها صاحبُ «الأنوار»؛ قال: ومثلُهُ ما لو كان بها أَكِلَةَ[1] أو قَرْحة وصلت بها إلى أدنى رَمَق فتحرُمُ، وقال زكريا في «شرح الروض» في مسألة المرض: ولو بأَكْلها نباتاً مِضرّاً، أي: فتحلُّ مع الشك، وهو مختصٌّ بضررٍ يكون به الأكلُ سبباً للمرض، لا سبباً للموت، فتنبه لذلك، وحاصلُه: حملُ المسألة والنبات على نباتٍ يُورثُ المرضَ، ثم يزدادُ به ضعفُها حتى تَصلَ لحالةِ أدنى رمقٍ فَتَحلُّ، وهو كذلك، وأما نباتُ يؤدِّي أكلُهُ إلى الموت فتحرمُ، للشكِّ في سبب الحِلِّ، مع ما قالوه من السبب المحرِّم، وإنْ عَرَف بعض الناس استقرار الحياة وشكَّ فيه بعضُهم: فكلٌّ مطالَبٌ بعلمه، أو تقليده لعالم.

## ١١٤٤ ـ مسألة

يَحلُّ ما رماه منْ يَحلُّ ذبحُهُ، لا أعمى، وهو غيرُ مقدورٍ عليه بتوحُّشٍ

---

(١) الأَكِلَة: داء في العضو يأْتَكِلُ منه.

أصليٍّ أو طارئٍ، ككبشٍ فرَّ وعَسُر قبضه، أو بوقوعه فيما لا يُمكنُ تخليصُهُ منه حيّاً ولم يمكن ذَبْحه كبعيرٍ سقطَ في بئر ولم يَظهر مَذْبَحُه ولا يَقْدَر على رَفْعه بكماله، إذا رمى كلَّ ذلك قصداً ولو إلى أحدِ صيدٍ مجتمعٍ بمحدَّدٍ غيرِ عظمٍ ومات به قبلَ القدرةِ على ذبحه، وإن كان طائراً فسقطَ على مستقرٍّ أو نحوِ جبلٍ فتدحرجَ على جَنْبه، أو طيرَ ماءٍ على وجهه، أو في هوائه فسقطَ فيه، لا والرامي في الثانية في البرِّ، ولا ما صَدَمه شيءٌ قبل المَقرِّ، وأَلْحَقَ البغويُّ بطيرِ الماءِ فيه كلَّ طائر، قال الأذرعيُّ: ومحلُّ الحِلِّ ما لم يَنْغَطسْ بسقوطه فيه وإلا حَرُم قطعاً، نعم لو كان الجُرح مُزْهِقاً في الحال: حلَّ بكل حالٍ، فلو كان الرامي غيرَ مميِّز كسكرانَ؛ ففي «الروضة» ما يَقْتضي حرمةَ ما رماه، وجزم به في «مختصره» وفي «العُباب»، ومثلُه صيدُهُ بالجارحة، لكنْ في «المجموع»: المذهبُ حِلُّهما، وقيل: لا، وليس بشيء، ولا يحلُّ ما مات ببُنْدُقةٍ، أو سَهْمٍ غيرِ محدَّد، وحديدةِ أُحْبُولةٍ[1]، وخيطِ شبكةٍ، أو بشيءٍ منها مع المحدَّد، قال في «الذخائر»: ويحرمُ رَمْيُهُ بالبُنْدقة لأنه يُعَرِّضُه للتلَف، وأفتى النووي بحلِّه، ولعله ببندقة لا تقتلُ غالباً.

## ١١٤٥ ـ مسألة

يحلُّ ما صاده كلبٌ أو جارحةٌ غيرُه ـ كالبازي ـ إنْ كان معلَّماً، وأمسَكَه، وقتَلَه قبلَ وصول مُغْريه، بشرطِ إغارتِهِ بإرساله ولو إلى صيدِ غيره وإن ظَهَر بعده، كما اقتضاه كلامهم، وكذا لو ظَنَّ ما رماه أو أَغْرَى عليه غيرَ صيدٍ فَبَانَ صيداً، أو قتل الصيدَ ثم أغارَ على آخرَ فَيَحِلَّان،

(١) الأحبولة: المِصْيَدة.

لا إنْ ظنَّ بلا تعيينٍ، أو استرسـلَ بنفسه، وكـذا لو أَغْـرَاه على صيدٍ فاسترسل، ثم استدبره إلى غيره مما ظهر بعده وتركه، كما قاله الإمام، والفارقي، وابن أبي عَصْرون، وقرَّره النووي، ومن أدركَه وفيه حياةٌ غيرُ مستقِرَّةٍ سُنَّ له ذَبْحُهُ إراحةً، ولا يجبُ، فإن كانت مستقِرَّة ولا سِكِّينَ معه أو نَشِبت[1] ـ مثلاً ـ في الغِمْدِ وماتَ قبلُ: حَرُمَ، ويسنُّ ذبحُ صيدِ البحر الكبير، لا غيرِهِ، بل يكرهُ، ويحلُّ صيدٌ وُجِدَ في جوفه، إلا أن يكون متغيِّراً فيحرُمُ لأنه صار كَرَجِيْعِهِ.

## ١١٤٦ ـ مسألة

وُجِدتْ شاةٌ مذبوحةٌ في بلدٍ فيه مسلمون وكفارٌ تحرُمُ ذبائحهم، ولم يُعْلَم من ذبحها، أو قطعةُ لحمٍ في إناءٍ أو خِرقةٍ: حَرُمتْ، إلا أن يغلبَ المسلمون كبلاد الإسلام، فيحملُ على ذبحهم، ذكره الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب وغيرهم في قطعة اللحم، ومثلُها الذبيحةُ، بل أولى، وبذلك أخذ زكريا وصاحب «العُباب» وموسى بن الزين جزماً، وأفتى موسى أيضاً أنه لا تَحِلُّ ذبائح اليهود الذين باليمن اليوم، لأنا لا نعلمُ أنهم بنو إسرائيل، ولا دخولَهم في اليهودية قبل نسخها، بل نَقَل الأئمة أن كلَّ أهل اليمن أسلموا، وإن أمكن أن يكون انتقل آباؤهم إليه بعدُ، للشك، فيجبُ على الإمام منعُهم من ذلك، وإذا أَخْبَر كتابيٌّ تَحِلُّ ذبيحته أو فاسقٌ أنه ذَبَحَ البهيمة: حلَّت.

## ١١٤٧ ـ مسألة

إذا وُجِد في بطنِ ذكيَّةٍ جنينٌ، ولو مضغةً قد تخطَّطَتْ بالتصوير

---

(١) أي: عَلِقتْ.

ـ على الأرجح الذي جزم به غير واحد ـ أو ميتاً، أو مات عقبَ ذَبْحِها، أو خَرَجَ عَقِبَه وحركتُهُ حركةُ مذبوحٍ فمات حالاً: حلَّ، لا إنْ خرج منه شيءٌ بعدَه وحياتُهُ مستقِرَّةٌ حتى يُذْبَحَ، أو يُخرجَ ميتاً، فإن خرج كذلك قبلَه، ثم ذُبحت: حَلَّ إنْ خرج ميتاً، ولا يضرُّ تقرُّرها بينهما، كما صرَّح به القفَّال، ورجَّحه النووي، خلافاً للقاضي، والبغويِّ، ومَيْلِ الأذرعي، فإنْ خرج ميتاً فذُبحتْ قبلَ فَصْله، قال البغوي: هو حلالٌ، وبه أخذ في «الكفاية» وفي كلام الإمام ما يدلُّ على خلافه، قال زكريا: وهو أوجَهُ، وجزم به في «العُبَاب».

أقول[1]: وقولُ البغويِّ أقربُ إلى المنقول في مسائلها، فإن بقي في بطنها يضطربُ زمناً طويلاً، ثم سَكَن فقال الشيخ إبراهيم المروزي، والبغوي: يحلُّ، وقال الشيخ أبو محمد، والقاضي: يحرمُ، ونقله في «المجموع» عن أبي محمد وسكتَ عليه، قال الأذرعي: ووجهه ظاهر، وقال الزركشي: إنه القياس، كمن قصَّر في ذبحِ صيدٍ وجَدَه مستقرَّ الحياة، قال زكريا: وفي قياسه نَظَر، وأفتى زكريا بحلِّ بيضةِ المأكولِ إذا تفرَّختْ وإن لم يُنْفَخ فيها الروح، كالمُضْغَة.

## ١١٤٨ ـ مسألة

يُسَنُّ عَرْضُ الماءِ على الذبيحة، والتسميةُ عند الذبحِ وإرسالِ السهم والجارحةِ، ويكره تركُها، وأن يقول: باسم الله والله أكبر، وتكريرُ التكبير قبلَها حَسنٌ، وَنَقَل ابن العماد، والزَّرْكشي أنه لا يزيد: الرحمٰنِ

(١) جاء هنا في صلب الأصل: مسألة، وعلى الحاشية ما نصه: «في نسخة: أقول» فأثبت هذه الكلمة لأن الكلام متصل ببعضه، لم يخرج إلى مسألة جديدة.

الرحيم ، لأنه لا يُناسِب الحالَ، ويزيد الصلاةَ على النبي ﷺ، ولا يضرُّ تَرْكُ التسميةِ ناسياً بإجماع الأئمة الأربعة، إلا في روايةٍ لأحمدَ في الصيد؛ ومن ذَبَحَ لغير الله تعالى ولو الكعبةَ أو النبيَّ أو تقرباً للسلطان: لم تَحلَّ ذبيحته، فإن قَصَدَه بالنسبة ـ لكونهما يُنْسَبان إلى الله ـ، وللسلطان إرضاءَه، أو الاستبشارَ به: لم يَضُرَّ، وكذا الذَّبحُ للجنِّ إن قَصَدهم به حَرُم، أو ليكفيَ اللَّهُ شرَّهم فلا يضرُّ، وقد رَوَى أبو عبيد، والبيهقيُّ[1]، عن الزهري، عن النبي ﷺ النهيَ عن ذبائحهم، وهي: أن يَبْني، أو يُجري عيناً وشبهَهما، فتذبحَ خوفاً من أذاهم، قال القاضي ابن عَبْسِين: فيكره ذلك حيثُ حلَّت الذبيحة، وحكم حِلِّها ما سبق، والحديثُ مرسَل.

## ١١٤٩ ـ مسألة

يَحرمُ اقتناءُ الكلب، إلا لمن يُريد الصيدَ به، أو حفظَ زَرْعٍ أو ماشيةٍ أو دارٍ معه، لا قبلَ تملُّكها، ولا ليَصْطادَ به إن أرادَ الصيدَ، ولا يُريده الآن، وحيث جاز لشيءٍ جاز تربيةُ جِرَوٍ لذلك في كِبَره، وحيثُ مُنِع: نَقَص من أجره كلَّ يوم قيراطٌ أو قيراطان، كما صحَّ في الحديث[2]، وفي

(١) «غريب الحديث» لأبي عبيد ٢ : ٢٢١، ومن طريق البيهقي» ٩: ٣١٤، وشيخ أبي عبيد: عمر بن هارون البلخي، متروك وكذبه بعضهم، وانظر «فيهن القدير» ٦: ٣٢٩.

(٢) الحديث في البخاري: كتاب الحرث والمزارعة ـ باب اقتناء الكلب للحرث ٥:٥ (٢٣٢٢) و (٢٣٢٣) عن أبي هريرة وسفيان بن أبي زهير بلفظ «قيراطان ورواه في الذبائح والصيد ـ من اقتنى كلباً ليس بكلب صيد أو ماشية ٩: ٦٠٨ (٥٤٨٠) وما بعده عن ابن عمر، ولفظه: «قيراطان». ورواه غيره كثيرون. انظر «الترغيب والترهيب» ٤: ٦٥ فما بعدها.

«مسند» الإمام أحمد عن بعضهم: أن أصغر قيراطٍ أو قيراطين كأُحُدٍ[1]، ورُوي تعدُّد القيراط بتعدُّد الكلاب[2]، عن جماعةٍ من الصحابة رضي الله عنهم.

(١) لم أر هذا في «المسند»، إنما الذي فيه وفي الصحيحين وغيرهما أن هذا جاء في أحاديث اتباع الجنازة: من صلاة عليها، ودَفْن لها، والله أعلم.

(٢) يريد: أنه ينقص من أجر الرجل قراريط بعدد ما عنده من كلاب ليست لزرع ولا لماشية. وينظر من روى ذلك؟.

# بـاب الأُضْحِيَة

هي: سُنَّة مؤكَّدة، ولو لحاجٍّ بمِنَىً، وإنْ أهدى كلَّ عامٍ في وقتها بسُبُع ثنيَّةِ بدنةٍ، أو بقرة، أو بجَذَعةِ ضأْنٍ أو ثنيَّةِ مَعْزٍ، والجَذَعة: بنت سنةٍ تامةٍ، وكذا ما أَجْذَع ـ أي: أسقطَ سِنَّه ـ قبلها، فتكون كالاحتلام قبل بلوغ السنِّ، ويجزىءُ الذكَر والأنثى، ولا تُجزىء مَعِيبةٌ بما يَنْقُص من لحمها وإن قلَّ، إلا بقطع فِلْذةٍ يسيرة من عضو كبير، أقول: ومثلُها ـ فيما يظهر ـ طرفُ أَلْيَة الكبش الناتىء في آخرها عظمٌ صغير ملتبسٌ بقليلِ لحمٍ لا يُقْصد أكلُه غالباً، وإلا خَصْيِ الفَحْل، أو رَضِّ خُصْيَتَيْه لأنه طريق إلى سِمَنه؛ ووقتُها وتفاصيلُها معلومة، وذكر أصحابنا أن جَذَع الضأْن أفضلُ من ثَنِيَّة المعز، ورُوي عن أمِّ سَلَمة، وبعكسه قال جمهور العلماء، صرَّح به في موضع من «المجموع»؛ ويُكْره لمريدها أن يَأْخُذَ شيئاً من شَعَرِهِ وظُفُرِه، قال إبراهيم المروزي: وغيرِهما من أجزائه، وأقرَّه النووي بعد دخول العَشْر حتى يُضَحِّيَ ولو بواحدة، وتركُهُ لمن يضحِّي بعدد إلى آخرها أكملُ.

## ١١٥٠ ـ مسألـة

ظاهرُ إطلاق الأئمة جوازُ التضحية بالحامـل، وهو مـا يظهـرُ من

تصويرهم في إهداء الحَمَل[1] وولادتها، وقال ابن الرِّفعة: إنه المشهور، وفيه وجهٌ بالمنع، حكاه العجلي، قال البُلْقيني: وأخرجتُ من نصوص الشافعيِّ والأصحابِ جوازَها اتفاقاً، وذلك ما لم يحصُل به نقصٌ، أو حَصَلَ يسيرٌ، فإنْ ظهر ولم يتفاحشْ فهو محلُّ الخلاف الذي حكاه العجلي، وإن تفاحَشَ مُنِع، وَجَزَم النووي في الزكاة من «المجموع» بمنعها بالحامل، وأطلق، ونَقَله عن الأصحاب، وحكاه الإسنوي عن الشيخ أبي حامد، والمُتَوَلِّي، والعمراني، والبَنْدَنِيْجِيِّ في «الذخيرة» وصاحب «الاستقصاء»، ولاينبغي حملُه على ظهور النقص، جمعاً بين الكلامين، فقد أخبرني أهلُ الخِبْرة أن البهيمة في أول حَمْلها تنتفخُ ويظهرُ فيها السِّمَن، فإذا غَلُظَ الولد بدأ فيها الضعف، لأنه يُتْعبها ويأخذ من غذائها، وهو ما أشار إليه البُلْقيني، قال الإمام موسى بن الزين: وكلامُهُ متعيِّن، وكذا استظهره الأذرعيُّ فيما أظنُّ، لكن الظاهرُ المنعُ بظهور النقص وإن لم يفحشْ، فقد منعوها بأقلَّ من ذلك، كقَطْع جزءٍ من الأُذن، وبذلك أخذ الشريف السَّمْهودي.

## ١١٥١ ـ مسألة

من قال: هذه هَدْيٌ أو أُضْحِية: تعيَّنَتْ وزال مِلكُهُ عنها، ولا يتصرَّف فيها إلا بذبحها في الوقت وتَفْرِقَتِها، كذا أطلقوه، قال الفقيه موسى بن الزين: ومعلوم أنها ليستْ صيغةَ نَذْر، وقال في «التوسط»: وكلامهم ظاهر في أنه إنشاءٌ صحيح، وهو بالإقرار أَشْبه، إلا أن ينويَ جَعْلَها هَدْياً، بخلاف قوله: جعلتُها هدياً، أقول: وهو حسنٌ، ومنه يؤخذُ أنه إذا أراد:

---

(١) كذا، ولعلها: الحامل.

إني أُريد التَّضْحيةَ بها تطوُّعاً، كما هو عُرفُ الناس المطَّرد فيما يأخذونه لذلك: حُمِل على ما إذا أراد، ولم أَرَ من أشار إليه، وفي إطلاق لزومه حرجٌ شديد، وقد صرَّح الأئمةُ في العقيقة بأنه يقول: باسم الله هذه عقيقةُ فلان، ثم ذكروا جوازَ أَكْلِه منها، وغيرِه مما يجوزُ في عقيقة التطوُّع، وحُكْمُها واحدٌ بلا شك، وقد أفتى شيخ الإسلام البُلْقيني، وأبو بكر ابن الحسين المَرَاغي العثماني، وعبد الرحيم بن حسين ـ ولعله أخوه ـ بأنها لا تَصيرُ منذورةً بقوله: هذه ضحيتي، بإضافتها إليه، وهي مثل: عقيقةُ فلان.

## ١١٥٢ ـ مسألة

تجوزُ التضحيةُ عن الطِّفل من مالِ وليِّه، كما أَفهمه كلامُ الماوَرْدي، وَنَقَل أبو زرعة عن شيخه البُلْقيني في شرحه «المنهاج» أنه مقتضَى نصِّ «الأم» وجزم به ابنه في «تتمة التدريب» قال موسى بن الزَّين: ولا فرقَ بين أن تجبَ نفقتُهُ على الوليِّ أَوْ لا، وفي الأَكْل منها كلامٌ يأتي، ولا تجوزُ من ماله.

## ١١٥٣ ـ مسألة

لا تُجزىءُ ما قُطِع شيءٌ من أُذُنها وأُبين، وقيل: إنْ قلَّ لم يَضُرَّ، وضبطه الإمام بما لا يلوحُ للناظر من بعيد، واختاره الرُّوْياني في نحوِ الأَنْمُلَة، واغتفر أبو حنيفة قَطْعَ ثُلُثِها فأقلَّ، وأحمد نصفَها، واختار ابن الحناط اغتفارَ ما تأكُلُه النار منها، واسْتَقْرَبَ بعضهم جوازَ مُبَانَةِ الأُذُن، إذْ لا يُعْتَنى بها، وصرَّح به ابن يونس مع الكراهة.

## ١١٥٤ ـ مسألـة

آخِرُ وقتِ الأُضحية آخِرُ أيام التشريق، وَمَنَعَها الأئمةُ الثلاثةُ في الأخير منها، وابن سِيرينَ في غير النَّحر، ولو وَقَفوا في العاشر غَلَطاً: أُخِذَ بالحقيقة لا بما ظَنُّوا، أو الثامن: فما ذُبِح يومَ التاسع تطوُّعاً قبل التَّبْيين: وَقَعَ الموقع، والأحسنُ إعادته إن عَلِم في وقته، قاله الدارمي، وأقرَّه النووي وغيره.

## ١١٥٥ ـ مسألـة

تجوزُ التَّضحيةُ بعددٍ عن واحد، لا بواحدةٍ عن اثنين، فإن سَمَّى معه غيره بقَصْد إشراكه في الثواب والبركة ـ لا في نفس التضحية ـ: جاز، وأوجبها أبو حنيفة على كلِّ مقيمٍ يملكُ نصاباً، وغيرُهُ على الموسِر، ويكره تركُها للقادر، وتسقطُ الكراهةُ بتضحية أحدِ أهل البيت، قال الماوردي والرُّوْياني: ومن ضحَّى بعددٍ: سُنَّ تفريقُهُ في أيامها، وصوَّب النووي تعجيلَها كلِّها، للإتباع في الهَدْي.

## ١١٥٦ ـ مسألـة

يجبُ التصدُّق بشيءٍ من لحمِ أضحيةِ التطوعِ نِيْئاً، وما كَثُرَ أفضلُ، قال في «الأسنى»: ولا يجزىءُ عن غير اللحم، كالجِلْد، والكَرِش، والكَبِد، وطِحالٍ ونحوها، ويجوزُ الأكلُ منها، والإطعامُ ولو لغني لا تمليكاً، ويجوزُ للفقير، قال النووي: ومقتضى مذهبنا جوازُ إطعامِ الكافِرِ منها، دون الواجب، وَحَكَى فيه المحبُّ الطبريُّ وجهين وصحح المنعَ، ونُصَّ عليه في البُوَيطي، ولم يَظْفَر به النووي فذكَر ما ذَكَر، أما الواجبةُ إذا ذُبِحتْ في وقتها: فالذي رجَّحه في «المجموع» في موضعين

واعتمده المتأخِّرون: مَنْعُ أكلِها وما وَلَدته، بل يتصدَّق بكليهما، ورجَّحا في «الروضة» وقرَّره في موضع من «المجموع» جوازه من المعيَّنة ابتداءً: كَجَعَلْتُها أُضحيةً، لا ما التزمه أولاً في الذِّمة ثم عيَّنها له.

## ١١٥٧ ـ مسألـة

لا يُضحِّي عن غيره إلا بإذنه ولو ميتاً، وبحث الرافعيُّ جوازَه عن الميت، وهو ما أطلقه العبَّادي، واختاره شيخنا ابنُ عَبْسِين.

## ١١٥٨ ـ مسألـة

إذا ذَبَحَ الأضحيةَ فلا يجوزُ إتلافُ شيءٍ من لحمها ولو تطوعاً، كما نقله النووي في «المجموع» عن الأصحاب، قال ابن حجر: فإن أتلفَ ما زادَ على ما يجبُ عليه التصدُّقُ به: لم يَلزمْه بدلُهُ ولو بتطير عليه[1]، ويأثم العامد، كما مرَّ. أقول: وفي عدم تضمينه نَظَر. وفيه: لو قال: جعلتُ هذا المالَ ـ أو الدراهمَ ـ صدقَةً: تعيَّنَتْ لذلـك على الأصح كالأضحية؛ ولا يجوزُ بيعُ شيء من أجزاء الأُضحية، فلو مات فورثَتُه موضعه، فلا يجوزُ لهم بيعُ شيءٍ من أجزائها وإن كانت تطوُّعاً، كما صرح به الأذرعي في «شرح المنهاج»، ولهم الأكلُ والإهداء من التطوُّع، كالموروث، قاله العلماء، قال السُّبْكي: ولا تُورثُ عنه، لكن ينبغي أن تكونَ للوارث وِلايةُ القِسْمةِ والتفرِقة كما كان للمورِّث، قال: ولا نَقْلَ فيه بخصوصه. انتهى.

ولا يُشْكل ذلك بما في «فتاوي القفال ـ واعتمده ابن الرِّفْعة ـ: إذا

---

(١) كذا، ويحرَّر.

صحَّتِ التَّضحيةُ عن الميت لا يجوزُ الأكلُ منها بغير إذنه، لأن الميت حينَ موتِهِ لم يكنْ له حقُّ الأكل مما ضُحِّي عنه به بعد موته حتى يقوم وارثُهُ مَقَامه، فيجوز له الأكلُ منه، كَهُوَ، كما قالوه فيما ضَحَّى به في حياته، فلو كان ورثَتُه أو بعضُهم صغاراً فلا شكَّ أنه يجوز إطعامُهم منها بالقِسْط، لئلا يَضيعَ، واسمُ القسمةِ عليها بمعنى استحقاقِ كلٍّ منهم شيئاً يختصُّ به: ممنوعٌ فيما يظهر، وإن قلنا ببقاء الملك للمضحِّي في أضحيةِ التطوُّع، للتعلُّقِ اللازمِ به، المانعِ من نَقْلِ الملك أبداً، كالمرهون، بل أولى، وهل يجوزُ للوليِّ أن يُطْعِم منها الفقراء والمساكين؟ فيه نظر، ولم أجده منصوصاً مع كثرةِ التفتيشِ عنه، والظاهرُ جوازُهُ، بل وجوبُهُ فيما لم يُرِدْ تبقيَته لأكلهم، حتى يضمنُهُ بعد الإمكان إن تَلِف، وبه جزم ابن حجرٍ الثاني كما يُومىء إليه كلام بعضهم في غضون المسائل، لتعيُّنِها لذلك، وكونِهِ هو الأصلَ الذي شُرِعت التضحيةُ لأجله.

وإنما جُوِّز الأكلُ ترخيصاً كما عُلِم من الدِّين، في منع النبي ﷺ من ادِّخارها بعد ثلاثٍ عند حاجةِ الدَّافَّةِ[1] إليها في عصره ﷺ، وإن كان نُسخ لزوال ذلك، فإنه يُعلم به أن الصدقةَ هي الأصلُ فيها، قال ابن حجر: بل ذلك صريحٌ في كلامهم ويُعلم منه، وإذا قلنا: يجوز له أن يتصدَّق منها، فالظاهرُ جوازُ أكلِهِ منها حالاً إن كان فقيراً كغيره، ولا نقولُ

(١) هم جماعة الأعراب يَردون المصر، يُشير المؤلف رحمه الله إلى حديث مسلم في كتاب الأضاحي ـ باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي . ـ ١٣ : ١٣٠ عن عائشة: دَفَّ أهل أبيات من أهل البادية حُفرة الأضحى ـ أي حين حلول عيد الأضحى ـ فقال رسول الله ﷺ: «ادخروا ثلاثاً، ثم تصدَّقوا بما بقي». . . ثم قال ﷺ: «إنما نهيتكم من أجل الدافَّة التي دَفَّتْ، فكلوا، وادَّخروا، وتصدَّقوا». وأصله في البخاري: كتاب الأضاحي ـ باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي ١٠ : ٢٣ ( ٥٥٦٩ ) من حَديث سلمة بن الأكوع.

هنا: يُمْنع، لأنه يتَّحدُ فيه قبضُه وإقباضه، لأنه هنا نائبُ المالـكِ، والمالكُ له الاستبدادُ[1] بذلك، قال ابن حجر الثاني: يمتنعُ أكلُهُ منها لأنه إنما ينوبُ عن المحجور في ولايةِ التفرقة، أما الأكلُ فلا، لاتِّحاد إقباضِه وقبضِه، بناءً على أن من أُوصيَ إليه بتفرقةِ مالٍ على من هم بصفته: لا يجوزُ له الأخذُ منه، لاتحاد ذلك، أما على جوازه فيجوز، أقول: إنما يمتنعُ أخذُهُ، لأن اسمَ التفرقةِ لا يتناولُهُ، فلو صرَّح له بالأخذ لجـاز، كمن أُوصيَ له بعينٍ: له أَخْذُها وإن كانت وديعةً عنده، وكذا هنا: لو كان شيءٌ من أجزائها وديعةً عند فقيرٍ جازَ أن يأذَن له في أَخْذه، نعم الظاهرُ أنه لا يجوزُ له الادِّخارُ لينتفع بنفسه إن لم يكن وارثاً، إذْ لا حقَّ له فيها، بل يَتْرُكُ ما يراه صلاحاً للمُوْلَى عليهم، ويتصدَّق بالباقي في الحال، وإذا كانوا جماعةً أو اثنين ميَّز لكلٍّ منهم ما يحتاجُ إليه قبلُ إنْ رآه، وإنِ اتَّفقتْ حاجتهم وضاق الشيء: وُزِّع عليهم بالسويـة تشبيهاً بالغانمين في طعام الغنيمة قبل وصولهم أوطانَهم، فيكون كلٌّ مختصاً[2] بما مُيِّز له لا ملكاً.

ويتعيَّن التصدُّق إذا كان الصغير ضعيفاً لم يبلُغ أن يأكل اللحم وخُشِي تغيُّره، إذْ لا يُمكنُ نقلُهُ، وقال ابن حجر أيضاً: بل للوليِّ إطعامُ الفقراءِ منها ما شاء من غير قيدٍ، ولا يَبعُدُ لزومُ إبقاءِ قدرُ حاجةِ الطفل، وله إطعامُ الأغنياءِ وغيرِهم بلا تمليكٍ، بل والهرةِ ونحوها، ولا يجوزُ ذلك لمن أضافه منهم أو أعطاه، أقول: وإذا مَنَعْنا الوليَّ من الأكل لاتِّحاده، فالظاهر أنه يجوزُ له رَفْعه للحاكم ليأْذَن له كغيره، وليست كالوصية، إذْ منعُهُ لما أوهمتْ من مِنْع أخذه. والله أعلم.

---

(١) أي: الانفراد به.

(٢) في الأصل: مختص.

وهنا[1] ما تقرَّر لي بعد النظر والبحث، وإن كان نَقْلٌ بخلافه فسمعاً وطاعةً، وهو أولى، فلينظر فيه، وإذا ضحَّى الوليُّ عن صغيرٍ من مالِ نفسِهِ، قال شيخنا عبدالله: فالظاهرُ مَنْعُ أكلِه منها، لأنه يتقدَّر أنه ملكها في ضمن التضحية قبلها، أقول: وما قدَّره ظاهراً ممكنٌ إذا كان الوليُّ أباً أو جدّاً يتولَّى طَرَفي التمليك إن منعناها من غيرهما، وفيه نظر، وقد مرَّ جوازُهُ من الغير من غيرِ ذِكرِ تقديرِ انتقالِ ملكٍ إليه، فليكونا مثلَه، قال شيخنا: ولا يجزىءُ ذلك في العقيقة عنه، لأن الأبَ مندوب إليها لنفسه، أقولُ: فإما أن تكون الضحيةُ مثلَها ويتصرَّفُ الأبُ فيهما كضحية نفسه، وإما أن يُمنَع منها غيرُ الأب والجدِّ، وتصحُّ منهما بتقدير انتقال المِلك، ثم يتضيَّقُ الأمر فيها بأن يُطْعَم منها الصبي فقط، ويكونُ في التصدُّق بشيءٍ منها ما سَبَقَ في لحم الأضحية المخلَّف عن الميت. وفي ذلك كلِّه ظلمةٌ، أزالها الله تعالى وسائر الظلمات بنور الإيمان والعلم والهداية.

## ١١٥٩ ـ مسألة

ما وجبَ التصدُّق به يُتَصَدَّق به على أهل موضعها، فإن نَقَله فكالزكاة، والأصحُّ منعُهُ، وأما المتطوِّع بها إذا أراد نَقْل لحمها ليأكلَه أو يُطْعِمه: فلا شكَّ في جوازه، وقد ثبت فعلُهُ للنبي ﷺ، والظاهر أن التصدُّق منها بما زاد على الواجب كذلك وإنْ أطلَقَ بعضُهم مَنْع نقلِ صَدَقتها، فَيحمُل على ما ذكرنا، ويُسنُّ أن يأكلَ منها ما تيسَّر، ومن الكَبِدِ أفضلُ، وأن يكونَ أولَ مأكولٍ له يومَ النحر.

---

(١) كتب على الحاشية: «وهذا» فأثبته، وفي صلب الأصل: وهنا.

## ١١٦٠ ـ مسألة

من أَكَلَ أُضْحيةً ولم يتصدَّق بشيء لزمه قدرُ الواجب، وهو في التطوُّع أقلُّ جزءٍ يُتَصَدَّق به فوق القدر التافه، فيغرمُ قيمَتَه ويَشتري بها لحماً، وإن شارك به في مثلها ليُذبح، ثمَ يأخُذُه لذلك: فهو أحسن، وقيل: يتعيَّن ذلك إنْ أمكن، ورَجَّح بعضُهم في موضع من «الروضة».

## فصــل في العَقيقة

كره بعضُهم هذا الاسم، بل تسمَّى نَسِيكَة، ونقلَه عن أصحابنا، وفي الخبر ما يؤيِّده[1]، لكنْ في الأخبارِ وكثرةِ الاستعمال ما يدلُّ على عدمها، لكن الأَوْلَى اجتنابُه، وهي سُنَّةٌ لمن عليه نفقةُ الطفلِ بفَرْض إعسارِهِ، كالأَبِ، ثم آبائه، ثم الأمِّ، ثم آبائها وإن لم يكنْ ولياً له، قال في «التدريب»: ولا يَعُقُّ عن الرقيق سيدُه، إذْ ليس أصلاً له، ولا أبوه لأنه لا تَلزمُهُ نفقته، وتُسَنُّ عمن مات ولو قبلَ السابعِ، كما جَزَم به في «المجموع» خلافاً لما في «الروضة» ومن تَبعها، ومن أبٍ كافرٍ عن طفلٍ حُكم بإسلامه لإسلام أمِّه، أو أصلٍ غيرِهِ: كفطرته، كما في «التدريب»، لا عن سِقْطٍ لم يُنْفَخْ فيه الروح، كما ذكره الزَّرْكَشي وغيره.

## ١١٦١ ـ مسألة

أقلُّها شاةٌ، ولا يجزىءُ أقلُّ، ولا عن اثنين، ولا نيتُها أُضحيةً وعقيقةً، كما يؤخذ من كلامهم، وأجاب به شيخنا عبدالله با فضل،

---

(١) يشير إلى ما رواه أبو داود آخر كتاب الأضاحي ٣ : ٢٦٢ (٢٨٤٢) من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أنه ﷺ سُئل عن العقيقة؟ فقال: «لا يحب الله العقوق» قال: كأنه كره الاسم.

خلافاً لمن اسْتَقْرَبَ جوازَه، كالغُسل عن جنابةٍ وجمعةٍ، وهو بيِّنُ الضَّعف، إذْ لو صحَّ لأجزأَ مَن نَذَرَ التضحيةَ مرتين شاةٌ، كما يغتسلُ مَنْ عليه غُسلُ جنابتين، أو مع حيضٍ: غُسلاً واحداً؛ والصدقةُ منها كالأُضحية، لكن يجوزُ هنا بمطبوخٍ، بل هو أحبُّ، ويُسنُّ إعطاءُ قابِلةِ ولادتِها رجلَها، قال زكريا في «شرح المنهج» له: ولو أُهديَ منها لغني شيءٌ مَلَكَه، لا كالأضحية، فإنها ضيافة من الله عامة، ولا تفوتُ على الوليِّ إلا إذا بلغ الطفلُ فيقعُ الاستحبابُ في حقِّه حتى يموت، وحيثُ أُخِّرتْ فينبغي أن تكون في يومٍ سابعٍ من الولادة بتكرُّر الأسابيع أبداً[1].

## ١١٦٢ - مسألة

تُسنُّ تسميةُ الولد باسمٍ حسنٍ، وأفضلُ ما عبد الله، ومحمد، وأحمد، وتكره بنحو: حرب، وشهاب، كما نُهِي عنه، لا بشهاب الدين في الظاهر، كما أطبق الأئمة على استعماله، ويسنُّ قلبُ ما كُرِه بغيره، وأفتى أبو مَخْرَمة بكراهة التسميةُ: بالله وكيل، أو وكيلي، أو وكيله. إذْ قد يُؤْمر مَن يدعوه بذلك، فيمتنعُ عن قوله، وأجاب بعضُ الفقهاء من اليمن بجوازه بلا كراهة، وبعضهم من مصر بحرمته، وَمَنَعه أبو مخرمة بأن الاسم إنما وَقَع بجملةِ الكلام المركَّب، لا باسم الله، ويُسمَّى يوم، سابعِ ولادته، ولا بأسَ به في يومها، سيما من لم يَنْوِ أن يَعُقَّ في السابع.

## ١١٦٣ - مسألة

العامةُ تَروي حديثاً عنه ﷺ أنَّ منْ حُلِق رأسُهُ أربعين مرة في أربعين

(١) من حاشية الأصل، وهي أولى مما جاء في صلب الأصل: أولاً.

أربعاء صارَ فقيهاً، قال أبو مخرمة: ولا أعرفُ في ذلك شيئاً يُعتمد عليه، والقياسُ فعلُهُ يوم الجمعة، وقد سمعتْ أُمي الحديثَ الذي يذكرونه فَفَعَلَتْه بي أربعين حَلْقةً في أربعين أربعاء، لم يَتَخَلَّلْها حَلْقٌ في غير الأربعاء، وقد حَصَل لها مطلوبُها بحمد الله إن شاء الله تعالى، وقد رُوِي حديثُ: من بَلَغَه عني فضيلةٌ فَعَمِل به كان له ذلك وإن لم أَقُلْه، أو نحو ذلك[1]. انتهى بمعناه.

## ١١٦٤ ـ مسألة

يُسنُّ الكُحْلُ وِتراً، وعند النوم، وتثليثُ كلِّ عينٍ أحبُّ، والادِّهان غِبّاً أي: بعد جفاف الأول، وتقليمُ الظُّفرُ ولو من زائدة، ويكره إفرادُ يدٍ أو رجلٍ به بلا عذر، والأَوْلَى في اليد ما ذكره الغزاليُّ أن يبدأ بمسبِّحة اليمنى، ثم الوسطى، فإلى خِنْصِرِها، ثم خِنْصِرِ اليسرى إلى آخرها متتابعةً، ثم إبهامِ اليمنى، واستبعد النووي تأخيـرَه، بل يُقـدَّم بعد خِنْصِرها، وروى صاحب كتاب «المعين» حديث: «من قصَّ أظفاره مخالِفاً لم يَرَ في عينيه رمداً»[2]، والعبَّاديُّ حديث: «فرِّقوها فرق الله

---

(١) رُوي عن أنس عن جابر مرفوعاً لكن بلفظ: «من بَلَغه عن الله عز وجل شيء فيه فضيلة، فأخذ بها إيماناً ورجاءً ثوابه: أعطاه الله ذلك وإن لم يكن كذلك». كما في «المقاصد الحسنة» ص ٤٠٥، و«حاشية المدابغي» على شرح ابن حجر الهيثمي على الأربعين النووية ص ٣٦، و«فيض القدير» ٦ : ٩٥ وَعَزَوْه إلى أبي الشيخ ابن حَيَّان في «كتاب الثواب» و«مكارم الأخلاق» و«جزء الحسن بن عرفة» وابن عبد البر، وابن عدي، وانظر «المقاصد» لشواهده.

(٢) «قال العراقي: لا أصل له البتة» كما في «شرح الاحياء» ٢ : ٤١٢ . وأما الحديث الذي بعده فداخل تحت قول الزبيدي نفسه بعد أسطر: «الصحيح أنه لم يثبت فيه شيء يعتمد عليه، وإنما هو من عمل المشايخ».

همومكم»، واختاره ابن الرِّفْعة وغيره، قال البِلالي في «مختصر الإِحياء»: فيقدِّم خِنْصِرَ اليمنى، ثم الوسطى، ثم الإِبهامَ، ثم بُنْصُرَها، ثم المسبِّحةَ، ثم يقلِّم مسبِّحَةَ اليسرى، بعكس الأولى، وفي الرِّجْل: يبدأ بخِنْصِرِ اليمنى، ثم ما يليها متصلاً إلى خِنْصِرِ اليسرى، كالتخليل، وينبغي غَسْل محلِّ القَلْم، فقد قيل: مَنْ حكَّ به قَبْلَه تولَّد منه داء، وينبغي كونه يوم الخميس[1] أو بُكْرة الجمعة[2]، وكذا قصُّ الشارب، وأفضلُهُ إحفاؤه بحيث تَبِينُ حُمْرَةُ الشَّفَة، فلو استأصله كُرِه، وكره بعضهم حَلْقَه، قال الزركشي: وليس كذلك فقد رواه النسائي في «سننه»[3] وروى الطحاوي سَنَّة عن الأئمة الثلاثة؛ ويكره القَزَع، وهو: حَلْق بعضِ الرأس دون بعضٍ مطلقاً، وخصَّه بعضُ أصحابنا بتَرْكِهِ مواضعَ متفرقةً، وكذا بجانبٍ، قال: أما القُصَّةُ[4] والقَفَا فلا بأس بهما للغلام، وَجَزَمَ به الإِمام عبدالرحمٰن بن أبي عبيد الحَضْرمي التِّريمي في كتابه «الإِكمال لما وقع في التنبيه من الإِشكال»، وفي الصحيحين[5]: أن عبدالله بن جعفر[6] أو عمر بن نافع فسَّر حديثَ نهي القَزَع بما سواه، قال شيخنا

---

(١) فيه حديث مسلسل، لكنه ضعيف لا يصلح للاعتماد. أنظر «شرح الإِحياء» و «المقاصد الحسنة» ص ٣٠٦.

(٢) فيه حديثان تالفان . أنظرهما في « مجمع الزوائد » ٤ : ١٧٠ لكن أنظر «سنن البيهقي» ٣ : ٢٤٤ .

(٣) كأنه في «السنن الكبرى» إذ لا شيء في «الصغرى» ٨: ١٢٦.

(٤) في «المصباح المنير»: «القُصَّة ـ بالفم ـ الطُّرَّة، وهي الناصية تقصُّ حذاء الجبهة».

(٥) البخاري: كتاب اللباس ـ باب القَزْع ١٠ : ٣٦٣ (٥٩٢٠)، مسلم: كتاب اللباس ـ باب كراهة القزع ١٤ : ١٠١ .

(٦) هكذا في الأصل، وهو تحريف، صوابه: عبيد الله بن حفص، وهو عبيد الله بن عمر بن حفص العمري. والراجح أن التفسير لنافع، لا لعبيد الله، ولا لعمر بن نافع. أنظر «الفتح». وتفسير نافع الذي في مسلم مثل تفسير المؤلف له. أما تفسيره عند=

عبدالله با فَضْل: وهو المسمَّى عندنا: العُرْف ـ بالضم ثم السكون ـ، أقول: والمراد بالغلام هنا: من لم يَبْلُغْ ذَكَراً كان أو أنثى في الظاهر، ويكره الأخذ من اللِّحية والعَنْفَقَة[1]، وأباحه بعضُ السلف فيما زاد على قُبْضَة الكفِّ من اللحية، ويسنُّ نتفُ الإِبط، وحَلْقُ العانَة، وللمرأة نَتْفُها، ولا يكره عكسُهما، قالوا: ونتفُ شعر الأنف، وكرهه المحبُّ الطبري، أي: بل يَقُصُّه، لحديثٍ ورد فيه، قال ابن النَّحْوي في «هاديه»: وهو ما رواه أبو نعيم في الطبِّ عن عبدالله بن بُسْر المازني مرفوعاً: «لا تَنْتِفوا شَعَر الأنف، فإنه يُورثُ الأَكِلة، ولكن قُصُّوه قَصّاً»، وذكر بعضهم حديثاً أن في بقائه أماناً من الجُذَام[2]، كذا في البلالي، ويُسنُّ حَلْق الشَّعْر حولَ الدُّبُر[3]، ويحرمُ الوَشْمُ[4] فعلاً وأمراً، وَسَبَقَ حكم نجاسته في شروط الصلاة، ويحرمُ وَصْلُ الشَّعَر بشعرٍ أو غيره، كما في «المجموع»، لا بلونِ المخالفةِ للزينة، ونَمْصُ الحاجب بالأَخْذ من جوانبه، وَوَشْرُ الأسنان[5]، والخَضْبُ بالسواد، وتجعيدُ الشعر، وتحميرُ الوَجْنَة بالحِنَّاء ونحوه، وتَطْريف الأصابع[6] به مع سوادٍ، إلا بإذنِ زوجٍ

= البخاري فلفظه: إذا حلق الصبي وترك ها هنا شهرة، وها هنا وها هنا. وأشار إلى ناصية وجانبي رأسه.

(١) العنفقة: الشعر الذي في وسط الشفة السفلى. والشعر الذي في جانبيها: سَحْفتان.

(٢) لفظه: «ثبات الشعر في الأنف أمان الجذام» رواه أبو يعلى والطبراني في «الأوسط» عن عائشة، لكنه ضعيف جداً. أنظر «فيض القدير» للمناوي ٦ : ٢٨١.

(٣) قال في «المجموع» ١ : ٢٨٩ : «أما استحبابه: فلم أَرَ فيه شيئاً. فإنْ قَصَد به التنظُّف وسهولة الاستنجاء فهو حسن محبوب».

(٤) هو: غَرْزُ الإبرة في جزء من البدن ووضع (النيلبخ) على الموضع ذاك، ليخضرَّ، ويمكن ذلك بالكُحْل.

(٥) هو: ترقيق الأسنان، وكان مرغوباً عندهم.

(٦) خضْبها بالحناء.

أو سيدٍ في الجميع، إلا الوَشْمَ كذا قالوه، وأطلَق في «التحقيق» مَنْعَ الوصل، والوَشْرُ كالوَشْم، وينبغي كونُ التَّنْميص كَهُما، لاستوائهما في حديثِ النهي عنهما[١]، ويسنُّ حفظُ الصبيان والبهائم آخرَ النهار إلى ذهابِ فَحْمَة الليل[٢]، وإطفاءُ المصابيح، وإغلاقُ الباب، وتغطيةُ الأواني ولو بعَرْض عُودٍ فوقها، أو إكفاؤها، وإيكاءُ السِّقَاء[٣] عند النوم، ويسمِّي اللَّهَ عند الكلِّ.

## ١١٦٥ ـ مسألة

الفَرَع ـ بفتح الفاء والراء ثم مهملة ـ: أولُ نِتاجِ البهيمة يُذْبَح ولا يُملَك رجاءَ البركة فيها وفي نَسْلها، والعَتِيْرَةُ ـ بمهملة ثم مثناة من فوق ـ: ذبيحةٌ تُذْبَـح في العَشْر الأُوَل من رجب، وردتْ أحـاديثُ بتركهما، وبطَلَبهما، ومذهبُنا سَنُّهما في رتبةٍ دون الأضحية، وأنه لو تَرَكَ الفَرَع حتى يَكبُرَ ويتصدَّق به، أو يجعَله سبيلاً: فأفضلُ، وأنه لو عَتَّر في غير شهر رجب كان حسناً، وينبغي تحرِّي جهةِ البِرِّ فيهما وفيما يصحُّ أن يُصْرَف لله تعالى.

## ١١٦٦ ـ مسألة

نهى رسول الله ﷺ عن مُعَاقَرَةِ الأعراب[٤]، أي: عَقْرِ كلِّ واحدٍ

---

(١) يشير إلى حديث: «لعن الله الواشمة والمستوشمة..» وهو في الصحيحين وغيرهما عن عدد من الصحابة، والوشر جاء في رواية أحمد ١ : ٤١٥، وانظر التعليق على «مسند عمر بن عبدالعزيز» للباغندي رقم الحديث ٢٩ .

(٢) فحمة الليل: أولُه.

(٣) رَبْطه.

(٤) رواه أبو داود في كتاب الأضاحي ـ باب ما جاء في أكل معاقرة الأعراب ٣ : ٢٤٦ =

منهم عدداً من إبله مفاخرةً لغيره، وعن أكلِ طعامِ المُتَبَارَيْن[1]، أي: المتنازعَيْن في الفَخَار به.

= (٢٨٢٠) عن ابن عباس.

(١) كذا، والرواية بياءين: المتباريَيْنِ. رواه أبو داود في كتاب الأطعمة ـ باب في طعام المتباريين ٤ : ١٣٢ (٣٧٥٤) عن ابن عباس، لكنه رجَّح أبو داود وغيره إرساله.

# بـاب الأطعمة

أصلُها قوله تعالى: «يُحِلُّ لهمُ الطَّيِّباتِ، ويُحَرِّمُ عليهمُ الخَبَائثَ»، وقولُهُ تعالى: «قُلْ: لا أَجِدُ فيما أُوْحِيَ إليَّ مُحَرَّماً...» الآيـة. أما الحيوان: فقد نصَّ الشارعُ ﷺ على حِلِّ أشياءَ: كالإِبل، والبقر، والغنم، وصيدِ البرِّ كالظَّبْي، والوَعِل، والخيـل، وحُمُرِ الـوحش، والأرنب، والضَّبُع، وأُكِلَتْ أشياءُ بحضْرته كالضَّبِّ. وعلى حُرمةِ أشياء: كالحُمُرِ الأهلية، والبغل، والهرَّة، وَنَهَى عن أكلِ كلِّ ذي نابٍ من السِّباع، وذي مِخْلَب من الطير، ومن الأول: هرةُ الوحش، لا الضَّبُعُ، لضعف نابه. وكذا أَمَر ﷺ بقتل أشياء، وَنَهَى عن أشياء، وذلك يُنافي ذَبْحَها للأكل.

فمن المأمورِ بقَتْله: السبُعُ الضارِي والحيَّات، والفواسقُ الخَمْسُ ولو في الحَرَم، وهنَّ: الغُرابُ - غيرُ الزَّاغ وهو: الصُّوَع، بضم ثم فتح، وهو حلالٌ على الأصح - والحِدَأَةُ، والعَقْرب، والفأرة، والكَلْب العَقُور، وفي معناها: كلُّ مُؤْذٍ: كالنسرِ، والعُقَاب، والبُرْغوثِ - وهو: الذرذير بلغتنا، بإِعجام الذالَيْن -، والبَقِّ وهو: الكُتَن - كصُرَد -، والزُّنْبور - بضم الزاي - وهو: الدَّبْر.

ومن المنهيِّ عن قَتْله: النَّحْلُ، والخُفَّاشُ - بضم أوله -: طائرٌ دونَ العُصْفور، ليس بجناحيه ريش، وخَلْقُه يشبه الفأر - ويسمَّى: الوَطْواط

أيضاً ـ والخُطَّاف ـ بضم أوله ـ فوق حجمه، يأوي المساجد، ويُبْتَلى ببوله المُوَسْوِسُون، وتَكْبَر جُثَّتُهُ كثيراً، قال زكريا: ويسمَّى عصفور الجنة، لزهده في أقوات الناس، والهُدْهُدُ، والضِّفْدِعُ، والنَّمْلُ، قال المتأخِّرون: أي: الكبيرُ السُّلَيماني المستطيلُ بدقَّة، كما قاله الخطابي، والبَغَوي في «شرح السنة» في آخره، بخلاف الصغير، فإنه من النوع الأول، أي: المؤذيات، وكذا المعروف بالسَّبَخ ـ بفتح الموحدة ثانيه ثم المعجمة ـ لأنهما يَلدغان، وصرَّح به الصَّيْمَري؛ ومنه المنهيُّ عن قتله: الصُّرَد ـ بضم أوله وفتح ثانيه ـ وهو الأَخْطَب بلغتنا، فوق العصفور، أبقعُ، ضخمُ الأطراف، قيل: إنه يكبَر فيكون صَقْراً، وأُلْحِق به المعروفُ عندنا بالصلعا: صغيرةٌ تُشبه لون صورته، وقد قيل: إنها تكبَر فتصير أَخْطَب، وقد أفتى بتحريمها شيخنا عبدالله با فضل لذلك، ولأنها تأكل العَذِرة.

ومن الخبائث: الغُدَافُ، وهو: غُراب صغير[1] يكون رماديَّ اللون، ويكون أسود، وهما ـ فيما أظن ـ المسمَّيان عندنا: أم رماد، وأم سويد، وبناتُ وَرْدَان، وهي: الصفاف ـ كالخُطَّاف ـ، وحمارُ قَبَّان وهو: جُنْدُب العشر عندنا، والخَنَافِس كالجحمة[2] ـ بتقديم الجيم ـ، والفخسوس ـ بفاء ثم سينين مهملتين ـ، وسائر حشرات الأرض، ومنها: الشنظي ـ بمعجمات ثانيه نون ـ كما نبَّه عليه بعض أئمتنا المتأخرين، قال: وإن كان أهل وادي دَوْعَن يأكلونه جهلاً، وأفتى بحلِّه بعض علمائهم، كما ذَكره لي بعضُ أهل العلم والدِّين، يعني: إنْ ذُكِّيَ كلُّ فـردٍ منه، وما أظنهم يفعلونه، وإن لم يفعلوا فهو ميتةٌ محرَّمة بالإطباق.

ومن الطيبات: العصافير كلُّها كالزُّرْزُور، والعَنْدَليب ـ وأظنُّه: الحُلاَ

(١) في «المصباح»: «غراب كبير، ويقال: هو غراب القيظ» وجزم به في «القاموس».
(٢) كذا، وفي «القاموس»: « وكصُرَد ـ أي: حُجَم ـ: طائر».

ـ بضم الحاء ـ عندنا ـ والحمام الذي منه العَولة ـ ـ بفتح العين ـ، والفاخِتة وهي: السُّخَيْرِيَّة ـ بلفظ التصغير ـ، والقُمْريُّ وهو: العَنَق ـ بفتح العين والنون ـ، ويَحِلُّ طيرُ الماء حتى الأبيض، إلا اللَّقْلَق، وهو طويلُ العُنُق، يأكلُ الحيَّات، ويصفِّر إذا طار، لخُبْثه، وسائر حيوانِهِ كالقِرْش ـ وهو: اللُّخْم[1] ـ وكَلْبِهِ، وذوات البُرْثُن وإن ماتت، لا ما فيه سُمٌّ كالحيَّة، وإلا الضِّفْدِعَ، والسَّرَطانَ ـ ويعرف بباحيشي ـ بمثناة تحت بعد الحاء ثم شين منقوطة ـ، والتِّمساحَ، والسُّلَحْفاة ـ بضم السين، وفتح اللام ـ وهي: الحِمسة ـ بكسر الحاء ـ، وفي النِّسْناس وجهان، وَقَطَعَ في «الروض» و«العُبَاب» بتحريمه، هذا ما في «المنهاج» و«الروضة» وغيرهما، لكن في «المجموع» بعد ذكره قال: الصحيح المعتمد حِلُّ ميتة البحر إلا الضِّفْدِعَ، ويُحْمَلُ ما ذكروا من حرمة غيره كالسُّلَحْفاة على غيرِ ما في البحر، وكذا في «الشامل». قال زكريا: ولا شك في استثناء ما فيه سُمٌّ، أقول: وقد يُقَوِّي تحريمَ المعينات بأنها ليست من صيدِ البحر مَحْضاً، لأنها تعيش فيه وفي البر، كما صرَّحوا به، ولأنها مستخبَثَة، إلا في الحِمْسة فإن من العرب عندنا من يأكلُها ولا يستخبثُونها، وصحَّح زكريا في «فتاويه» تحريمَها.

ومما أُمِر بقَتْله: كلُّ مؤذٍ لا نفعَ فيه، كالبعوض، والقمل، والوَزَغ، وفي قتله فضلٌ عظيم كما صحَّ[2].

وأما ما ينفعُ ويضرُّ: فلا يؤمرُ به، لنفعه، ولا يُنْهى عنه لضُرِّه

---

(١) في «القاموس»: سمك بحريٌّ.

(٢) في صحيح مسلم: كتاب قتل الحيات ونحوها ـ باب استحباب قتل الحيات ونحوها ١٤ : ٢٣٨ عدة روايات في ذلك، منها حديث أبي هريرة «من قتل وَزَغاً في أول ضربة كتبت له مائة حسنة، وفي الثانية دون ذلك، وفي الثالثة دون ذلك».

كالصَّقْر، والفَهْد، والبازِي، فإنها قد تُعلَّم؛ ويحرمُ قتلُ كلِّ مأكول إلا لدفْعِ صِيَاله، أو ذَبْحِه لأكله، ويكره قتلُ ما لا ينفعُ ولا يضرُّ من غيره كالخَنَافس، لكن قيل: إن الجحمة تَعَضُّ فيورم[1] عَضُّها ويجرح، فإن صحَّ نُدِب قتلُها، وكالجُعَل ـ بضم أوله وفتح ثانيه ـ، والذُّبَاب، قال الرافعي ثم الإسنوي وغيره: وكذا الكلبُ غيرُ العَقُور بلا نفعٍ، وجَزَمَ به في «الرَّوض» و«العُباب»، وحكاه في «الروضة» وأشار إلى نقلٍ في تحريمه، وهو ما صححه في «المجموع»، إلا في الكَلْب الكَلِب[2]» قال فيهما: والأمرُ بقَتْل الكلاب منسوخٌ، وسواءٌ الأسودُ وغيرُهُ.

ومن المحرَّم: ما تولَّد من مأكولٍ وغيرِهِ، كالسِّمْع بين الذئب والضُّبُع، فإنْ حَمَل به محترمٌ كحَمْل الفَرَس بالبَغْل: جَرُم ذبحها، نقله في «العزيز» عن الشيخ أبي محمد وأقرَّه، وكذا الإسْنوي، وأهمله في «الروضة»، ويَحلُّ ما بين حلالَيْن كَمَعزٍ وَظَبْي، وفرس وثور، وحمارِ وحشٍ مع بقرة؛ ولو وَلَدَتْ شاةٌ سَخْلة كالكلب، ولم نَرَ كلْباً نَزَا عليها: حلَّتْ، والوَرَعُ أن لا تُؤْكل، قاله البغوي وقرَّروه، واقتضى أنَّا حيثُ رأينا حيواناً نَزَا على غيرِ جنسِهِ وَأَتَتِ الأمُّ بما فيه شَبَهٌ للنازي: نُعطيه حُكمَ نِسْبته إليه من الحرمة والطهارة وغيرهما إذا كانت مدَّةُ الحَمْل تناسبُها عادةً، وهو الظاهر، إذْ لا سبيلَ إلى عِلْمه إلا بذلك، وحَبْسُ الأمِّ ومراقبتُها فيه مشقة، وفي كلام الإسنويِّ، والأزرقِ، وموسى بن الزين ما يُؤْخذ منه ذلك، ونقل الأَذْرَعيُّ عن الحنفية في شاةٍ جاءتْ بولدٍ يداه يَدَيْ شاةٍ، ورأسُهُ رأسُ كلب، أنه يُضْرَبُ: فإن عَوَى فهو كلب، وإن ثَعَّ[3] فشاةٌ

(١) كذا، وفي «المصباح»: «وَرِم يَرِم. . .».

(٢) «هو داء يشبه الجنون، يأخذ الكَلْبَ فيعقِر الناس». من «المصباح».

(٣) كذا، ومعنى ثَعَّ في اللغة: قاءَ، ولا معنى له هنا، وصوابه: ثَغَى، يقال: ثَغَت الشاة: صَوَّتَتْ.

تُؤْكَل، فإن عَوَى وَثَغَّ[1]: أُطْعِم اللحمَ: فإن أكله فكلبٌ، والشعيرَ: فإن أكله فشاةٌ، لكنْ لا يُؤْكَلُ رأسُهُ، وإن أكلهما لم يؤكل، قال المُزَجَّد: ولو مُسِخَ حيوانٌ حلالٌ إلى صورة محرَّم: فيظهرُ حِلُّه، عملاً بالأصل، وفي عكسه يَحْرُم، ونقل ابن حجر في «شرح البخاري» في الذبائح حِلَّه فيما لم يبقَ له أَثَرٌ أصلاً، كالضَّبِّ إن ثَبَتَ مسخُهُ، وقد بيَّن الأئمة في المصنَّفات كثيراً مما يَحِلُّ وما يحرمُ من أنواع الحيوانات.

وأما غيره: فكلُّ طاهرٍ لا يضرُّ ولا يُسْكِر فحلالٌ، إلا المستَقْذَر: كالمَنِيِّ والمُخَاط، لا لعارضٍ بعد حلِّه: كغُسَالة الأيدي، ما لم يضرَّ؛ وما ضَرَّ ـ قال الأذرعيُّ: ضرراً بيِّناً لا مطلَقاً ـ فحرامٌ، كالزُّجاج، والتُّراب والحَجَر الضارَّيْن، والأَفيونِ، والسُّمِّ وإن قَلَّ، إلا لمن لا يَضُرُّه، أو قليلُهُ مع غيره لحاجةٍ حيثُ غَلَبَت السلامة، ووردت أخبارٌ في النهي عن [أكل] الطين لم تصحَّ[2]، قال في «المجموع»: قال إبراهيم المروزي: وينبغي أن يُحْكَم بالتحريم إنْ ظَهَرت المضرَّة فيه، وأقرَّه، وجزم بتحريمه مطلقاً وإن قلَّ، قاله القفَّال، والقاضي، وتَبِعَهما في «العباب» قال: كالقطاط ـ يريدُ طينَ الجبل الذي يُخْلق بين أجزائه ـ وقطع به الرُّوياني فيما ضرَّ لكثرته أو غيرها، لا غيره، ونقله عن مشايخ طَبَرِستان، قال في «الذخائر»: لا يحرمُ على منِ اعتاده ولم يَضُرَّه، وكذا صرَّح به السُّبْكي في باب الربا، واقتضاه كلامُ البيهقي في قليله، قال ابن الرِّفْعة: والطفلُ[3] في مصر في معناه.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) أنظر «المقاصد الحسنة» ص ٨٠ ، و« فيض القدير» ٦ : ٨٣.

(٣) يريد: الطين اليابس، وصواب اسمه: الطُّفَال ـ بضم الطاء وفتحها ـ كما في «القاموس».

ويحرمُ جِلدُ الميتة وإن دُبِغ، لا المُذَكَّاة، قال البُلْقيني: وكذا يحرم بيضُ ما لا يؤكل، فقد نصَّ عليه في «الأم» وفي «التتمة» و«البحر» و«النهاية»، وليس لغيرهم من السلف مخالفةٌ، وفي «المجموع»: إن قلنا بطهارته ـ أي: وهو الأصح ـ حلَّ بلا خلاف، لأنه غير مستقذَر، وجزم في «العباب» بالمنع، ويحرمُ أكلُ كلِّ نجس لا يُعْفَى عنه إلا دودَ المطعومِ معه لا وحدَه، حتى لو تنَجَّس فَمُه لم يَجُزْ له أكلٌ أو شربٌ ما لم يُطَهِّرْه.

## ١١٦٧ ـ مسألة

من شكَّ في نباتٍ أو لَبَنٍ، أهو سُمٌّ أو من مأكولٍ أو غيرهما؟ حَرُم تناولُه؛ أو في طعامٍ كان مائعاً فَجَمَدَ، ثم وُجِد فيه عينٌ نَجِسة، أوقعتْ قبلَ جُموده فَتَنَجَّسَ بها ويحرُمَ، أم بعده فتطهُرَ ويَحِلَّ: لم يحرمْ ـ إذِ الأصلُ حِلُّه ـ وإن ظُنَّ سَبْقَها. ومن وقع في مَرِقَةٍ نجسٌ أراقه وَغَسَل ما فيه، أو في طَبيخه نحوُ ذبابٍ ونملٍ: فَتَهَرَّأ ومازَجَه: حَلَّ، لأن حرمَتَه لاستقذاره، وقد عُدِم باستهلاكه؛ أو جُزء آدميٍّ ميتٍ، قال الغزالي: حَرُمَ ولو بوزنِ دانِقٍ لحرمته، وتَبِعه في «العباب»، وصحَّح في «المجموع» حِلَّه كالأول، لاستهلاكه، كنَجِس يقعُ بقلَّتَـيْ ماءً واستُهْلِكَ: فلا يمنع منه، بقلتي أو نحوُ طائرٍ مما مُنِع، لخُبْثه أو موته: حَرُم أكلُهُ.

## ١١٦٨ ـ مسألة

للمضطرِّ ـ إن خاف موتاً، أو مرضاً مَخُوفاً ـ أَكْلُ ما يدفعُهُ سدُّ الرَّمق، أو ما يقوِّيه لمشيٍ يقعُ[١] به المَهْلَكَةَ لا غير، من حرامٍ وَجَدَه ولو آدمياً

(١) كذا، وكأن صوابه: يدفع.

ميتاً، أو قتلِ من يَحِلُّ قتلُهُ، أو نحو صبيٍّ حربيٍّ، ولا يجوزُ إحراقُهُ، فإن وَجَدَ حلالاً ولو لقمةً قدَّمه حتماً، ولا يجوزُ للمرأة حينئذٍ تمكينُ زانٍ لم يَبْذُل الطعامَ إلا به، على الظاهر للمحبِّ الطبري، إذِ الضرورةُ لا تندفعُ بعين ذلك، لا كالمأكول، وقد يُخْلِفُ بها، أقول: ولأنه لا يباحُ لخوفِ القتلِ، فكذا خوفُ الموت بدونه.

## ١١٦٩ ـ مسألة

الحِجامةُ أمرٌ ضروريٌّ من فروضِ الكفايات، فإن تركه الكلُّ حَرِجوا، وإن قام به بعضُهم سقط الحَرَج عن الباقين، وهو دنيءٌ لملامسته النجاسة، فالأَوْلى للحرِّ الترفُّعُ منه لئلا يُخِلَّ بمروءته ما قام به غيره، وأكلُهُ ما كَسَبَه بها مكروه، سواءٌ أَكَسَبه حرٌّ أو عبد، وحيث اكتسَبَ بها لذلك فكَسْبُهُ مكروه أيضاً، وإلا فإنْ لم يكن منه بدٌّ فلا كراهةَ في نفس العمل، وكذا إذا كانت تَليقُ به[1]، ومرادُهُ إطعامُها رقيقَه ودوابَّه ونحو ذلك، ولذا عَدَل «الإرشاد» عن قول «الحاوي»: وكُرِهَ كَسْبُ، إلى قوله: مكتَسب! وكذا قال في «المنهاج» وما كُسِب بمُخَامَرَةِ نجاسةٍ، وبه فُسِّر قول من قال: كَسْبُ غيرهما، وحيثُ تَرَكَه الناس فقام به شخصٌ بنيةِ إسقاطِ الفَرْض: فهو محمودٌ وإن لم يَلِقْ به. هذا الكلام حاصلُ مجموعِ ما في «شرح المهذَّب» و«المنهاج» و«الروضة» و«الإرشاد» وشروحه، و«شرح الرَّوض» لزكريا بحسب فهمي: وأطيبُ المكاسب: الزرعُ، والتجارة، وكسبُ اليدِ، وكَره جماعةٌ كسبَ الصَّواغ، لكثرة وقوعهم في الرِّبا وخُلْف الوعد.

---

(١) كذا، والظاهر: لا تليق به.

## بـاب المسابقة

هي سُنَّـة بقَصْد الجهـاد، وتجـوزُ بـلا عـوضٍ في السَّبْق على المركوباتِ، والأقدام، ومُرَاماةِ الحَجَر ليُلْقَفَ، وعلى رَفْعه، والسِّباحة، والزَّوارق، والطيور، والبقر ونحوها، والصِّراع، ومُشَابكةِ اليد، ورمي بُنْدق، ووقوف على رِجْل، ولعب بنحو كُرَة، بِشطْرَنج، وخاتم، ومعرفةِ ما في اليدِ من شَفْع وَوِتر، وثِقَل في باطن الماء، لا على المُغَاطَسة فيه، إلا أن يُعْتَاد لنفعٍ في الحـرب، ولا على تَقَاتُـل الدِّيَكَـة والكِبَاش، لتحريمه، وتجوز بعوضٍ للرجال دون النساء كما قال الصَّيْمَري، وقُرِّرَ في سَبْقٍ على خيل، وقيل: وإبلٍ، وبغلٍ، وحمـارٍ، وفي الرَّمي: بسهمٍ، أو رُمْحٍ، أو مَزَارقَ[1]، أو الحجرِ بيدٍ أو مِقْلاع، ونحوه مما يَنفع في الحرب، وكذا التَّذْرِيقُ[2] بالسلاح، لا غيرها، مما مرَّ.

وشرطُه في المسابقة: تقديرُ غايةٍ ولو بعد غاية، فمن سَبَقَ إلى أحدهما ـ لا فيما بينهما ـ فهو له، ولا يجوز إلى غير غاية، لأنه يُتْعب؛ وكونُه معلوماً، فإن كان من غيرهما فعلى ما ذُكِر بشرطِ: أن لا يستويَ

---

(١) جمع مِزْراق، وهو الرمح القصير. كما في «القاموس».

(٢) في «القاموس»: «التدريق: التَّلْيين».

السابقُ والأخيرُ، وكذا إن كان منهما بشرطٍ: أن يَدْخُل معهما آخَرُ يُمكنُ سَبْقه لهما، فإن سَبَقَ أَخَذَ، وإن تخلَّف فلا شيء عليه وهو المُحَلِّل.

ويجوز أن يقولَ شخصٌ لآخر: ارْمِ كذا، فإن أصبتَ كذا فلك كذا، ويكون جُعْلًا لازماً، وحُكْمُ العوضِ والغايةِ في الرَّمي كالمسابقة، ويُشترط فيهما تكافؤُهما بحيث يمكنُ سَبْقُ كلٍّ، واستواؤهما في أولِ المسافةِ، وكونُها مما يَغْلِبُ فيه السَّبْق والإصابة، لا بعيدةٌ جداً، وأن لا يُذكَر شرطٌ خارجٌ يُقْصَد، ويَلزمُ في فاسدها أجرةُ المِثْل على الأصح، وَبَسْطُ أحكامِها في كتب الأئمة.

# باب النذر

## ١١٧٠ ـ مسألة

موضوعُ النذرِ القُرْبةُ، فيصحُّ في كلِّ صورة تصلُح لها بغيرِ صارِفٍ عنها، كنكاحِ محتاجٍ له يجدُ أُهْبَتَه، كما صرَّح به ابن الرِّفْعة، وأفتى به زكريا، ولا بدَّ فيه من لفظٍ كسائر ما يُزيل المِلك، وهو فيما في الذِّمة: عليَّ كذا لله تعالى، أو لفلانٍ، وعليَّ أن أتصدَّق بكذا، أو أن أحجَّ، ونحوه، أو أن أُعطيَ زيداً كذا، أو هذا، وكذا: نذرتُ لله، أو: لفلان، أو: على فلان، على الصواب الذي لا ينبغي غيره، وبه أفتى أكثرُ المتقدِّمين والمتأخِّرين ممن يطولُ تعدادهم، كما نقله الفقيه عبدالله با مخرمة عن بعض أهل عصره. ومنه في نقلِ العين: نذرتُ له بهذا، ومثلُهُ: هذا لله، أو لفلان نذراً، كما لو قال: أُهْدي هذه الشاةَ أو البَدَنَةَ نَذْراً، على الظاهر لبعضهم، قالوا: إلا أنْ ينويَ بقوله: «أُهْـدي»: الاستقبالَ، وأنه سَيُحْدِثُ نذراً، وذلك لقوله تعالى: «إِذْ قالتِ امرأةُ عِمْرَانَ: رَبِّ إني نذرتُ لكَ ما في بَطْني مُحَرَّراً»، فإن ظاهرها الإنشاء، وهي نصٌّ في نذر الأعيان، ولقوله تعالى: ﴿فقُولي: إنِّي نَذَرْتُ للرَّحْمٰنِ صَوْماً﴾، ويَحْتَمِلُ الإخبار، وهي في نذر الالتزام، وقد قال الأصحاب: لو قال: نذرتُ لله لأَفْعَلَنَّ كذا، فإن نَوَى اليمينَ: فيمينٌ، أو أطلق:

فوجهان، وبحثَ الرافعيُّ فيه أنه نَذْرٌ، وَسَبَقَه به البغويُّ، وَجَزَم به صاحب «الأنوار»، وبه أخذ عامةُ المتأخِّرين إلا النادرَ، وأجاب بعضهم بأنه كنايةٌ، وسببُهُ صلاحيَّتُهُ لليمين، لتشابههما.

ومن صِيغَة ـ كما قال القاضي مُجَلِّي ـ: يَلزمُني كذا، أو: إنْ فعلتُ فهو لازمٌ لي، أو: فقد أوجبتُهُ عليَّ، وقرَّروه؛ ثم إن للناس في النذر وجهين، أحدهما ـ وهو الذي لم يَذْكُر الأوَّلون غيره ـ: نَذْر الالتزام في الذِّمة، كللَّه عليَّ أن أصلِّيَ، أو أصومَ، أو أتصدَّقَ بكذا، أو لفلان، أو أن أُعطي فلاناً كذا إن قَصَد القُرْبة. والثاني: إضافتُه إلى تمليكِ العينِ في الحال، فيقول: نذرتُ لفلانٍ بهذا المالِ، أو بدينارٍ مثلاً، ويحكُمون بكونه يملكُ ذلك مُنَجَّزاً ويُستأنَسُ لهذا القِسم بقول أم مريم: «إنِّي نَذَرْتُ لكَ ما في بَطْني مُحَرَّراً»، فهو منه، وشرعُ مَنْ قبلَنا وإن لم يكنْ شرعاً لنا فقد قرَّره شرعُنا بلزوم النذرِ الشاملِ لكلٍّ ما يصلُح للقُربة، ولم يَرِدْ ما يدفع شيئاً بخصوصه، وعلى هذا عملُ عامةِ أهل الوقت عـالِمهم وجاهِلهم، قال الفقيه عبدالله بن عَبْسِين: ولم يذكره المتقدِّمون، بل ظاهر كلامِهم أنه لا يصحُّ.

أقول: وَتَرَاهم يحدُّون النذر بأنه: التزامٌ، ولم يُوجدْ ذلك هنا، وذكر أشياءَ تدلُّ عليه أضربْنا عن التطويل بها، لأن العملَ على صحته، وكذلك صرَّح ابن المُقْرِي في شرح «إرشاده» بأنه لو قال: نذرتُ بهذا لفلانٍ: لم يصحَّ، لأنه ليس بالتزامٍ، ومن أهل العلم مَنْ رأى أن مرادَه أن صيغةَ «نذرت» ليستْ صيغةَ نذر، وفيه عندي نظر، وكيف كان فالفتوى بخلافه من كونها صريحاً، وصحةِ نذره، لكن لا يجيءُ إلا بصيغة «نذرت» بخلاف «عليَّ» لكونها للالتزام في العربية، وأَفهمَ كلامُ بعضهم أنه لو صرَّح في هذه الصيغةِ بالقُرْبة فقال: نذرتُ به لله تعالى، أو لله لفلانٍ:

صحَّ اتفاقاً، قال أبو مخرمة: ومثلُ «نذرتُ»: انْتَذَرْتُ، لأن معناهما واحد، كما صرَّح به أهل اللغة، بخلاف: أَنْذرت ـ بتقديم الهمزة ـ لإحالة المعنى، فإن معناها: التخويفُ والتحذير، وقد قال الغزاليُّ في «فتاويه»: إذا قال: زوَّجتُ منك، أو إليك: صحَّ، لأن الخطأَ إذا لم يُخِلَّ المعنى ينبغي أن يكون كالخطأ في الإعراب والتذكير والتأنيث، فأَفهمَ أنه إذا أحال المعنى لا يصحُّ، ولذا قال الإسنوي ـ كما في «نفائس الأزرق» عنه ـ لو قال: بعتَك ـ بفتح التاء ـ القياس أنه لا يصحُّ، لإحالته المعنى، وسبَق بما فيه، قال: وفي «فتاوي الغزالي» ما يوضِّح ذلك، وأراد ما ذكرنا، لكنْ أجاب أبو الغيث الكَمَراني بأنه يقعُ نذراً ممن عُرْفُهم الصريحُ ذلك لا يَفهمون سِواه، وقال المُزَجَّد: إنه المتَّجه، وقال ابن حجر الهيثمي: هي كناية.

فإنْ علَّق النذر على مرغوبٍ فيه، ووُجِد الشرطُ: لزمَ، كإنْ شُفِي مريضي، أو قَدِم غائبي: فعليَّ كذا، أو إن عِشْتُ حتى أقول لا إله إلا الله: فما لي لفلانٍ نذراً، فقالها، وكذا ما لا يُقْصَدُ بالتعليق به إلا تأخُّر اللزوم، فإذا جاء الشهر الفلاني، وجاء الحاجُّ: فعليَّ أن أتصدَّق، فإذا حَصَلَ المعلَّقُ به لزمَ الوفاءُ، قال زكريا في أثناء النذر من «الأسنى»: ولا يُشْترط كونُ ما رَغِبَ فيه قربةً إذا علَّق به نذرَ قُرْبةٍ، كنذرِ صومٍ إنْ قَدِمَتْ بَغِيٌّ، أو أمردُ يَهْواه، فيلزم بقدومه، خلافاً لما استظهره الأذرعي من عدم صِحةِ ما عُلِّق بغرضٍ فاسدٍ. انتهى بمعناه. وإن علَّقه على فعلٍ مرغوبٍ عنه، أو للحثِّ على فعلٍ، أو تحقيقِ خبرٍ: كإنْ دخلتُ الدارَ، أو كلَّمتُ زيداً: فعليَّ كذا، ليحضَّ نفسه على الامتناع من ذلك، فإن فَعَلَ: فالأصحُّ فيه أنه يتخيَّر بين الوفاء بما التزمه، وبين كفارةِ يمينٍ، وسواءٌ في التخيير أكان النذرُ عاماً أم لشخص، كما صرَّح به أبو مَخْرمة

في «فتاويه» وغيره، ويسمى هذا: نذرَ اللَّجَاج، ومن نَوَى النذرَ بشيءٍ ـ ولم يتلفظ ـ: لا ينبغي له تركُ ذلك، بل ينفِّذه لئلا يكون ممن لا يُمْضي السبيل، فقد ذكروا كراهةَ ذلك في نيَّة التصدُّق بالشيء، وفيه آثارٌ كثيرةٌ تدلُّ على ذمِّه وإن لم يلتزمْ.

والأصحُّ في نذر المباح كالأكلِ والشربِ، والدخول والخروج، والبيع والشراء: عدمُ الصحة، وأنه لا يَلزمُ بتركِ ذلك شيءٌ، فإذا قال: إن بعتَني كذا: فللَّه عليَّ أن أبيعَك كذا: لم يَلْزمْ، لكون البيعِ مباحاً، ولو قال: إن بانَ هذا المبيعُ منك معيباً فللَّه عليَّ لك كذا: فالظاهر أنه نَذْرُ لَجَاج، يتخيَّر بين الوفاءِ بما التزمه، وكفارةِ يمين، فلو اشترى شيئاً ثم قال: إن صحَّ هذا البيعُ فللَّه عليَّ أو لفلانٍ: كذا، فإن كان ذلك لرغبته في الصحة: لزمَ الوفاءُ، وإلا فنذرُ لجاجٍ، كالأُولى، وفي نذرِ المباحِ وجهٌ صحَّحه بعضُهم ـ وبه أخذ النوويُّ في «المنهاج»، وفي بعض الصُّوَر في أصل «الروضة» و«مختصرها»: أن منْ خالَفَه فعلاً أو تَرْكاً: لزمتْه كفارةُ يمين، فمن نَذَرَ: لا يدخُلُ الدارَ، فدخل: لزمتْه حالاً، ومن نذر أن يدخُلها: لزمتْه عند اليأس من دخولها بموتٍ ونحوه، والعملُ به وَرَعٌ، فإنْ نَوَى به اليمينَ فهو يمينٌ بلا شك.

ولو لم يعيِّن وجهَ القُرْبة فقال: إن شُفي مريضي فعليَّ ألفٌ: لم يلزمْه شيءٌ، إذْ لم يذكُر من هوله، ولا وجهَ قُربةٍ كالتصدُّق، واللفظُ صالحٌ للنذرِ الصحيح والفاسد، والإقرارِ والضمانِ معلَّقَيْن، كذا نقله الرافعي عن القفَّال وأقرَّه، وَنَقَله عنه النووي وسكتَ، فلو قال فيها: فعليَّ لله ألفٌ، أو: أن أتصدَّق بألفٍ، فالظاهر ـ كما قال زكريا وقَبْله الأَذْرَعي ـ لزومُهُ، ويعيِّن ألفاً من أيِّ نوعٍ شاء، كما يأتي في النذر بالمجهول، وتوهَّم بعضُ المتأخرين في هذه البطلانَ، وأنه مراد الشيخين في الأُولى،

أعني حالَ عدمِ تلفُّظه بالمصرِفِ أو جهةِ القُرْبة بمسألة القفَّال، وهو ذهولٌ، فتنبَّه له.

قال أبو مخرمة: فإذا قال: نذرتُ بهذا لله تعالى، ولم يَزِدْ، فالظاهرُ صحتُهُ، كالوقف، ويصرفُه للفقراء كما لو قال: أوصيتُ به لله تعالى، فلو أراد أن يقول: نذرتُ به لله تعالى لفلانٍ، فلما قال «لله»: صدَّه عارضٌ عن تمام كلامه، وأراد بقوله: «لله» كونَ ذلك ابتغاءَ وجه الله تعالى، فالظاهرُ عدمُ صحته، إذْ لم يذكُر منذوراً له، ولا جهةَ قُربةٍ وقبولِ قولِهِ، ولو قيل بمثله في الوقفِ: لم يكنْ بعيداً، قال بعض أئمة العصر: والوصيةُ للجنين صحيحةٌ على الأصح، فكذلك النذرُ، بل هو أولى، لقبوله للتعليقِ، والخَطَرِ، وصحتِهِ بالمجهول والمعدوم، وكونِـهِ أَقْعَدَ بالقُرْبة، فلذا لم يَفْتَقر إلى قبولٍ. انتهى بمعناه، وأفتى شيخنا الفقيه عبدالله با فضل بصحة النذْر للعبد، قال: كالهبةِ له، والصدقةِ عليه، ومقتضاه: أن يكونَ لسيده في نذر الأعيان إن لم يَرُدَّه العبدُ حالاً، وأنه لا يملكُه في نذر الذِّمة إلا بقبض العبد، ويجيءُ فيه التفصيل في الهبة له، ولا يصحُّ لمن لا يَملك، كنذرتُ لمن سَيُولدُ لي، كما صرَّح به غير واحد، وإن علَّق بوجوده إن اقتضى نذرُهُ التمليكَ، أو لزومَ الحقِّ حالاً، كللَّه عليَّ أن أتصدَّق عَلَى من يَحْدُثُ لي من الأولاد، بخلاف قوله: إنْ حَدَث لي ولدٌ فللَّه عليَّ أن أتصدَّقَ عليه بكذا، إذْ لا يلزمُ أصلُ النذر إلا بعد وجودِهِ، هذا ما ظهر لي. والله أعلم.

ولا يصحُّ النذرُ للميت، خلافاً لقول بعض المتأخرين: يصحُّ ويكون كتَرِكته، وأما النذرُ للمشايخ فصحيحٌ، ويتَّبعُ فيه مرادُ الناذر من إسراجٍ على قبره يَنْتفعُ به زائره، أو صدقةٍ على أهله أو غيرِهم، فإن لم يَقْصِد شيئاً: اتُّبِع عرفُ مكانه إن كان، كذا نقلوها عن «العزيز» للرافعي،

وأسقطَها في «الروضة»، فإنْ لم يكنْ قصدٌ ولا عُرْف: بطل، ويصحُّ للمسجدِ فإن قَصَدَ أمراً من متعلَّقاته: فذاك أولى، وثَمَّ عرفٌ فيه اتُّبع، وإلا صُرف في عِمارته ومصالحه، كالوقفِ، وهو مِلْكٌ له، كما ذكره بعض علمائنا، ويصحُّ النذر بالمجهول والمعدوم، كإطلاقِ الصلاةِ، والصدقةِ، والعِتْق، والنذرِ بشيء، ويُحْمل على معنى اللفظ وعُرْف الشرع، كما فصَّلُوه، وأفتى به القاضي حسينٌ وابن الصلاح في غَلَّةٍ وَثَمَرةٍ ستحصُل، قال القاضي إبراهيم بن ظَهِيرة: وكَنَذْرها لزوجها بما يجبُ، أو سيجب لها من حقوق الزوجية، وإن لم تَعْلَم تفصيلَها، وكذا لو نذر لشخصٍ بمثلِ نصيبِ ابنِهِ منه، وتُوقفُ معرفتُهُ على موته، ويكونُ مُنَجَّزاً مستَحَقّاً ولا يَمنعُ من صحته عدمُ معرفته، لما سبق.

وكذا لو قال: نذرتُ لك بمثلِ نصيبِ ابني بعد موتي، وأراد التنجيزَ، ويكون التوقيتُ بما بعد الموت لبيانِ ما نَذَر به؛ ويكونُ من رأس المال إن نَذَره قبلَ مرضِ الموت، وإن أراد كونَ النَذْرِ معلَّقاً بالموت: فهو صحيح أيضاً، كما أفتى به أبو إسحاق الإِسْفَرايِيني في: وقفتُ كذا بعد موتي، وتابَعوه، والنذرُ أولى، وقد قال الرافعيُّ فيها: وكأنه وصيةٌ، ومراده: أن لذلك حكمَ الوصايا: من جوازِ الرجوع عنها بالقول والفعل، وصحةِ التصرُّف فيه، وكونِهِ متأخِّراً عن قضاء الدَّين، ومن الثلث إن لم يُجِزِ الورثةُ، وكذلك نقولُ في مثله من النذر. انتهى. وأفتى المُزَجَّد بصحة نَذْر مَنْ قالت لأجنبي: إن تزوَّجْتَني فعليَّ أن أُبْرِئك من مهري، أو ما يَلزمُك لي، قال: إلا أن يُقْصَدَ به امتناعُها منه، فيكون نذرَ لَجَاجٍ، قال أبو مخرمة: فلو قال: نذرتُ به له سنةً أو شهراً: فقياسُ الهبةِ البطلانُ في غير المنفعة، كالهبة. انتهى وقياسُه على الهبة يقتضي أنه لو قال: نذرتُ لك بهذا مدةَ حياتِك، ويكون مؤبَّداً، كهبة العُمْري، بخلاف

قوله: مدةَ حياتي: فيبطُلُ، ونذرُ المنفعةِ صحيحٌ مؤبَّداً ومطلَقاً، ويُحملُ على التأبيد، ومؤقَّتاً بمعلومٍ كشهر، وبمجهولٍ. مثل: مدةَ حياتي، أو حياتك، صرَّحوا بذلك. ثم إن كان مؤبَّداً والنذرُ بجميع منافعه: لم يصحَّ بيعُهُ إلا للمنذور له، أو بشيءٍ منها مخصوصٍ: صحَّ إن بقيَ غيرُهُ كثمرةِ النخلة، ولبنِ الشاة دون عينهما، ويكونُ للمشتري ما عداهما وإن كان أجنبياً، وكذا إن كانتْ مؤقَّتةً بمدةٍ معينةٍ على الأظهر، فإن أُقِّتَتْ بمجهول: كمدةِ عُمُرِكِ: فكالمؤبَّدة، كذا أفتى بذلك بعضُ أئمة اليمن.

ومثلُ النذر: الوصيةُ في كلِّ ذلك، ولا يبطُلان بتصرُّف الناذر والوارث. ومن اللازم قولُهُ: إن شَفَى الله مريضي فعليَّ لله أن أشتريَ عبداً وأُعْتِقه: فيلزمه عتقُ عبدٍ وإن لم يَشْتَرِهِ، أو: إن ملكتُ عبداً فللَّه عليَّ أن أُعْتِقه، كما صرحوا به، ولو قال: نذرتُ لَكَ بما تختار من الموالي: قال موسى بن الزين: لم يصحَّ، ويصحُّ نذرُهُ: أن لا يُطالِبَه بدَيْنه مطلقاً، أو مدةً معينةً، قال وليُّ الدين أبو زرعة: وله أن يَطْلُبه من وارثه إنْ ماتَ، ووافقه المُزَجَّدُ وزكريا وزادا: ومن وكيله، وقال: ولا يصحُّ نذرَ تَرْكِ طلبِ ما على ميتٍ، لتضرُّره[1] بتأخيره، ووافقه ابنُ الزَّين وقال: لا يصح نذرُ أن لا يَطْلُبَه ما دام يُعطيه كذا، وإذا نَذَرَ الموقوفُ عليه بمنفعةِ الموقوفِ، فالذي في «فتاوي» موسى بن الزين منعُ صحته، لأنه ممنوعٌ من إجارته بدون أُجْرة مثله، فيؤخذُ من ذلك تخصيصُه بما لا يكونُ له تأجيره بذلك، أو خُصِّص الوقفُ بانتفاعه بنفسه، وبما تعيَّن صرفُهُ في مصالح الوقف، وجوازُه في غير ذلك، وقد عَمِل به بعضُهم، وبصحته أجاب القاضيان المُزَجَّد ومحمد بن

---

(١) يشير إلى حديث أبي هريرة مرفوعاً: «نَفْس المؤمن معلَّقةٌ حتى يُقْضَى عنه دَيْن» رواه الترمذي آخر كتاب الجنائز ٤ : ٣٣ ( ١٠٧٩ ) وحسَّنه.

عبد السلام الناشِري وغيرهما، بل يصحُّ بما سيقعُ له من أجرته، كما يؤخذ مما مرَّ.

ولا يُشترطُ القبولُ في النذر وإن كان لآدميٍّ، اتفقوا على ذلك تغليباً للقُرْبة كما لو أَعتقَ العبدَ، ومقتضى هذا أنه لا يرتدُّ بردِّه، وبه أفتى القاضي ابن شُهْبة، كما رأيتُهُ عنه، لكن المعتمد ـ كما قال شيخنا القاضي عبد الله بن عَبْسِين ـ أنه إنِ اقتضى المِلكَ في الحال كـ: لفلانٍ عليَّ كذا، أو نذرتُ له بهذا، فإن ردَّ حين علمِهِ: بطل، وإلا: صحَّ ولم يرتدَّ بعد ذلك، وإن اقتضى التزامَ التمليك كـ: الله عليَّ، أو: نذرتُ أن أتصدَّق على فلان، فهو على التراخي، فإذا سلَّمه إليه فامتنع منه: ارتدَّ، كما صرَّح به الأصحاب، ويُؤْخذ من ذلك أنه يملكُه بنفسِ النذرِ في القسم الأول، وأنه إنْ حالَ على المنذور به حَوْلٌ قبلَ العلم به وهو زَكَوِيٌّ حَوْلي: لا تجبُ زكاته، لأنه غيرُ تامِّ الملك، إذْ يمكنُ أن يَرُدَّ النذر إذا عَلِم، فيبطُل، كما لو حال على الموصَى به حولٌ قبل القبول، بخلاف نَذْر الشجر والزَّرع إذا أثمرَ أو بَدَا الصلاحُ، فقياسُ الوصيةِ لزومُ زكاتِهما، على ما مرَّ فيها في الزكاة.

ويصحُّ النذرُ بالدَّيْن لمن عليه، ويكون إبراءً، وهو حيلةٌ في الإِبراءِ عن المجهول، وقد كان شيخنا عبدالله با فضل يعملُ به كثيراً، لتخليص الذمة من كلِّ حقٍّ مجهول، فإن نَذَر به لغير مَنْ عليه: صحَّ أيضاً، كما أجاب به القاضيان محمد بن سعد أبو شُكَيل وإبراهيم بن ظَهِيرة. وقال ابن شُهْبة: إنه الظاهر، وهو ما كان يظهرُ من فعلِ شيخنا المذكور، قال ابن عبسين: وهو المعتمدُ، وخالف فيه القاضي جلال الدين البُلْقيني. وحيثُ التزم عِتْق عبدٍ: لم يَزُلْ عن ملكه حتى يُعتقه، وله المطالبةُ بالعِتق، وكذا إذا نَذَرَ التصدُّق على شخص له مطالبتُهُ بالمال،

نقله الشيخان عن القفَّال وأقراه، وجزم به ابن المُقْري في «روضه» وغيره، فعليه: تصحُّ له الدعوى به، نقله ابن شُهْبة عن «تعليق» الشيخ الإمام السبكي، قال: ولا يُنَافيه قولُ الشيخ عزِّ الدين بن عبد السلام إنه على التراخي، لأنه حقٌّ ثابتٌ، بخلاف الدَّيْن المؤجَّل. انتهى.

## ١١٧١ ـ مسألة

النذرُ يلزمُ كما التُزِمَ حيثُ لا مُنَافٍ، فإن أطلَقَ حُمِل على عُرْفِ الشرع، على ما فصَّلوه، فإذا نذر الاعتكافَ مدةً، وشرطَ الخروجَ فيها لشُغْلٍ: خرجَ لكلِّ شُغْل بقَصْد، وإن كان مباحاً كلقاءِ السلطان، واقتضاءِ الدَّيْن، لا للتنزُّه، وإن قال في هذه: متى شئتُ خرجتُ؛ صحَّ النذر، وفي لزوم تَتَابُعِهِ: وجهان، أطلقهما في «الروضة»، قال زكريا: والأوجَهُ لزومُه، لمنافاة الإرادة للالتزام، أقول: ويفرَّق بينها وبين قوله: إلا أن يَبْدُوَ لي ـ حيثُ صُحِّح إبطالُ أصلِ النذر بها كما سيأتي ـ أنه في هذه استثناءُ التزامِ النذرِ بما يحدُثُ له من إرادةِ إبطاله، وهي منافيةٌ للالتزام، وفي مسألةِ المشيئةِ تَمَّ[1] الالتزام قبلَ قوله «متى شئت خرجت»، وما ذكره بعدُ: وصفٌ منه غيرُ ملائم له، لا يتضمَّن إخراجَ شيء من الملتَزم، فأُلْغي، كما لو تكلَّم بعده بلغوٍ أجنبيٍّ.

فلو قال: متى شئتُ جامعتُ: بطل النذر، للمنافاة، ويجري مثلُ ذلك في شرط الخروجِ من الصلاةِ، والصومِ، والحجِّ في الأصح، كنذر الصوم بشرطِ أن يُفْطر إنْ ضِيْفَ، فيجوزُ الخروجُ إذا وَقَعَ المستثنى به،

(١) تحرفت في الأصل إلى: ثم.

وكذا في الصدقة، فلو قال فيها: لله عليَّ أن أتصدَّق بمالي إلا أن أحتاجَه، وسكت، أو زاد: مدةَ عُمُري: لزم كذلك، ولا يلزمُهُ ما دام حياً، لتوقُّع الحاجة أبداً، فإذا مات تُصُدِّق بما كان بيده حين النَّذْر كلِّه، فإن نَوَى بماله: كلَّ ما يكون بيده أبداً: دَخَل ما حَدَثَ، وإلا فلا، كما هو مقتضى كلامهم، قال الزركشي: وهذا أحسنُ مما يفعلُهُ الناس في توقيت النذر بما قبلَ مرضِ الموت، فلو قال في النذر: إلا أن يبدوَ لي: فالأصحُّ في «الشرح الصغير» بطلانُ النذر، لمنافاة الالتزام، ومن هذا: ما أفتى به أبو شكيل من صحته فيمن نَذَر بماله، أو بشيء منه، نذراً معلَّقاً بما قَبلَ مرضِ الموتِ لشخصٍ، أو إليه، ليصرِفَه في شيء عيَّنه بعد صَرْفِ ما أراد منه لأشياء عيَّنها، كحجٍّ وعُمْرةٍ، وصدقة، ثم قال: إلا أن يَحْدُثَ لي ولدٌ، فيكون ما ذُكِر لفلان منصرِفاً إليه، أو زاد فقال: إن مات فلانٌ قَبْلي فهو إلى من يقومُ مقامَه من ابنٍ، أو عصبةٍ، أو نحوه، ومقتضاه تتميمُ النذرِ كما وَصَفَ انتهى، وأفتى المُزَجَّد فيمن نذر لزيد بشرطٍ أنْ ـ أو: على أنْ ـ يُنْفِقَه مدةً: ببطلانه، نعم إن علَّقه بإنفاق مدةٍ أو محدود، فَوُجِدَ: صحَّ بلا شك.

### ١١٧٢ ـ مسألة

قال: لله عليَّ، أو: نذرتُ أن أتصدَّق بهذا على فلان قبلَ موته، أو قبلَ مرضه: لزم مُنَجَّزاً، والظاهر أنه لا يلزمُهُ تعجيلُ ذلك، كما سبق عن ابن عبد السلام أنه على التراخي، وأنه ليس لزيدٍ المطالبةُ به، فيكون ذكرُ الموتِ مقيداً للحدِّ الذي يجوزُ التأخير فيه، فلا مطالبةَ للمنذور له حتى ينتهي، بخلافِ ما إذا أطلَق، لتنجيزه في الحال، فلو قال: قبلَ مرضِ موتي بيومٍ؛ لم يلزمْ إلا حينئذٍ، وهو باقٍ على ملكه، كما مرَّ،

لكنه ممنوع من التصرُّف فيه لحقِّ المنذور له، للزومه، ويكون كالدَّيْن المؤجَّل، فلو مات المنذور له قبلَ حلولِ وقته: تبيَّن بطلانُه، كما أفتى به شيخنا عبدالله با فضل، ومن هذا القسم قولُهُ: إن شَفَى الله مريضي فللَّه عليَّ أن أُعْتِق هذا، وأُسَبِّلَ العينَ بعد موتي، فشُفي: فيلزمُ، ويمتنعُ بيعُ عينِ المنذور به، وله الانتفاعُ به مدَّةَ حياتِهِ، صرَّح به في «العُبَاب» وغَيْرِهِ، فلو علَّق أصلَ النذر فقال: إذا كان قبلَ مرضِ موتي بيومٍ فللَّه عليَّ أن أتصدَّق به عليه، أو: فقد نَذَرتُ به له، أو: هو له نذر.

وكذا ـ فيما يظهر ـ لو قال: نذرتُ له بهذا نذراً معلَّقاً بما قبل مَرضِ موتي بيومٍ، انعقدَ نذرُهُ معلَّقاً كقوله: إن شَفَى الله مريضي، كما سبق، وكذا لو قال: نذرتُ به قبلَه بيومٍ مما يقتضي مُنَجَّزهُ المِلك باللفظ ومما لم يَقْتَضِه كما مرَّ تفصيلُهُ يكونُ ذِكْرِ الزمن فيه للتعليق، كما لو قال لزوجته أو أَمَته: أنتِ طالقٌ أو حرَّة غداً، فإن وقع الزمن المعلَّق به والشفاءُ: لزم ما في الذمة، وَمَلَك المنذورُ له العين، ويَمتنعُ التصرُّفُ في المنذور به بما يُزيل المِلْكَ به بعد وجودِ الصفةِ، كالمنجَّز، كما مرَّ، فلو قال: إن شُفي مريضي فعليَّ عِتْقُ هذا بعد موتي، فشُفي؛ لزم كذلك وامتنعَ بَيعُهُ، وله ملكُهُ مدةَ حياته، ومثلُهُ: التزامُ تسبيلِ عينٍ معيَّنةٍ، صرح بذلك صاحب «العُباب» وغيره.

وأما حكمه قبلَ وجودِ صفتِهِ، فإنه ينتفعُ به الناذر، وهو ملكُهُ وليس له الرجوعُ عنه بالقول؛ وهل له أن يتصرَّف فيه بإزالة الملك؟ قياسُ العِتْقِ المعلَّقِ جوازُهُ، وهو الظاهر، وبه أفتى الإمام أحمدُ بن موسى بن عُجَيل ـ فيما نُقل عنه ـ وغيرُهُ من فقهاء اليمن وشيخُنا الإمام عبدالله بن عبدالرحمٰن، وشيخُهُ الإمام محمد بن أحمد ابنا فضل، والإمام عمر الفتي، وتلميذه موسى بن الزين، ونقل الشيخان عن «فتاوي» القاضي

عن «العبَّادي» ما يدلُّ عليه فيمن قال: إن شُفِي مريضي فعليَّ أن أُعْتِقَ ذا، ثم قال: إن قدم زيدٌ فَعَلَيَّ عِتْقه، قال: ينعقدان ويَعْتِق بالأول، فإن وَقَعا معاً أقرعَ، يعني: ويقعُ العِتْق بالقارع، ويقوِّي ذلك بطلانُهُ بموتِ الناذر قبل وجود الصفة، كما مر، وسيأتي، إذِ المنعقدُ لازماً لا يبطُلُ بموتِ الملتزِمِ، كالضَّمان.

وَنَقَل غيرُهُما عن العبَّادي انعقادَ الأول ظاهراً ثـم وَقْفَ الثاني، فإن حَصَلَ الشِّفاءُ قبلَ قدومِ زيد أو بعده: تبيَّن بطلانُ الثاني، وإن مات المريضُ تبيَّن انعقادُهُ على القدوم، وهو يدلُّ على أن ما لا يَقْبل الوقفَ من التصرُّف ـ كالبيع والهبةِ ـ يمتنع أصلاً، وما يقبلُهُ منها ـ كـالعِتْق ـ يُوقَفُ: فإن حَصَلَ ما عُلِّق به الأول: تبيَّن بطلانُ الثاني، وإلّا صحَّ، وهذا ما يظهرُ إليه ميلُ الفقيه عبدالله با مَخْرَمة، وقال ـ كغيره ـ: إنه يُؤْخذ من كلام البغوي في «فتاويه» و«تهذيبه»، وأوضحوا ذلك ببيانِ لفظِها في مواضعَ متفاضلة، وفي «فتاوي» البغوي أيضاً ما يُفْهَمُ منه مثلُ ما ذكَرنا أولاً، كما استظهره الإمام إبراهيم ابن ظَهيرة، وفَهِمه الإمام موسى بن الزين من تعليله، والفرقُ بين النذرِ والعِتْقِ المعلَّقين بلا دليلٍ شرعيٍّ: تحكُّمٌ أو قريبٌ منه.

## ١١٧٣ ـ مسألـة

قال: هذه الشاة أضحيةٌ، لزمتْه لذلك في وقتها، كما سبق، وكذا لو قال: علي أن أتصدَّق بهذه الدراهم، أو: جعلتُها صدقـةً، فتُصْرَفُ للمساكين، ويزولُ ملكه عنهما في الحال، بخلاف نَذْرِ عتقِ العبد، إذْ لا ينتقلُ ملكُ رقبته إليه، كذا في «الروضة»، وكذا نذرُ الصدقةِ لشخصٍ معين، كعليَّ أن أتصدَّق بهذا لفلان، ولا يملكُها إلا بالقبض، كما

هو شأن الصدقات، ولأنه لو امتنعَ من أَخْذها بقيتْ للناذر، كما نصُّوا عليه، وسبقَ بزيادة، وهذه المسألةُ مما يُقَوِّي صحةَ النذر بالمعين بصيغةِ: نذرتُ، التي قلْنا فيها بزوال الملك باللفظ مطلقاً، كما سبق.

## ١١٧٤ ـ مسألة

شَرْطُ الناذرِ: إطلاقُ التصرُّف، فلا يصحُّ من مفلِس في معيَّن، ويصحُّ في الذمة، ومثلُهُ العبدُ، كما اقتضاه كلامهم، قال ابن الرِّفعة: ينبغي أن يكونَ كَضَمانه، أي: فلا يصحُّ بغير إذنِ سيِّدِه، وكذا السفيهُ، كما جَزَما به في الحَجْر بصحة نَذْرِهِ في الذمة، ولا يؤدِّي إلا بعد فكِّ الحَجْر، وظاهر كلامهم في النذر عدمُ صحته منه في المالِ مطلقاً، وَنَذْرُ التصرُّف في المرهون باطلٌ، فإن علَّقه بصفةٍ فوجِدتْ بعد انفكاكه: صحَّ، فلو باعَه قبلَ وجودِها بإذن المرتهِن: صحَّ، كما أفتى به بعضهم، ونَذْر عِتْقه كعِتْقه، فإن صحَّ لزم، وهو الأصحُّ إن صَدَرَ من موسِر، وإلا فلا، وعُلم بذلك: أنه لا يَصحُّ النَّذْرُ بالأم دون ابنها المملوكَيْن ما لم يميِّزْ، وعكسُهُ إن نَجَّزَه أو علَّقه بما لم يُقارنْ تمييزَه، وفي صحته بعدَ التمييز أيضاً نَظَرٌ، لكراهة التفريق، نعم يجوزُ نذرُ عِتْقِ أحدِهما، ويلزمُ كإعتاقه مطلقاً، ومن نذر التصدُّق بمالِهِ ـ وعليه دَيْنٌ لا يَرجو له وفاءً، أو نفقةُ مَنْ تَلزمُهُ وليس له غيره ـ قال الزَّرْكشي: فالأشبهُ عدمُ صحةِ نذرِهِ، لأنه ممنوعٌ من الصدقة به، وسَبَقَه لنحوه الأذرعي، وبه أجاب القماط وجَمْعٌ، منهم: الفقيه محمد با فضل، وموسى بن الزَّين، وزادا منعَه فيما يحتاجُهُ لنفقة نفسِهِ حيثُ لا يَرجو غيره.

ومن نَذَرَ حينئذٍ بمالِهِ لشخصٍ، قال أبو فضل: وإن كان له من تَلْزمُهُ نفقتُهُ إذا احتاج لأنه يصيرُ كَلًّا على غيره، ونقل مثله ـ فيمن نَذَر به فراراً

من دعوى حقٍّ ظَهَرَ على الناذر، أو من ميراثٍ وارثٍ فنذر به لغيـره ـ عن فقهاء اليمن: الحسينِ بنِ عبدالرحمٰن الأهدل، وأبي القاسم بن مطير، وعبـدِ الله بن أبي بكـر الأزرق، وأبي الغيث الكَمَـرانـي، قـالـوا: ولا يجوزُ لقاضٍ، أو شاهدٍ عَلِم ذلك منه تنفيذُهُ أو الشهادةُ به، وأحفظُ أنا نحوَه عن القاضي ابن عبسين حيثُ قَصَدَ ذلك باطناً، قال: وأما في الظاهر: فيبني على الظواهر، والله وليُّ السرائر، فإن أَقَرَّ به المنذور له أبطلْناه.

ومن نَذَرَ بماله لبعضِ أولادِهِ دون الآخرين، إن نَذَرَ تخصيصَه به: لم يصحَّ، لكراهته، أو قال: نذرت به له، فكذلك على ما أفتى به إسماعيل الحباني، ومحمد الذهيبي البصال، ومحمد بن الحسين القماط، وموسى بن الزَّين اليمنيون وغيرهم، وحكاه يوسف المُقْري عن الرَّيْمي وجماعة، وَحَكَى عن غيرهم الصحةَ، ومال إليها بل رجَّحها وأطال الاستدلال لها، قال: ولم يكنِ المتقدِّمون يعرِّجون على ذلك، بل يطلِقون صحةَ النذر حيثُ كان المنذورُ به قُرْبةً، ولم ينظروا للمقاصد والذرائع بل سَدُّوها، ولم يفرِّقوا بين قاصد ومقصود تَبَعاً لإمامهم الشافعي، قال بعض علماء العصر: وبالصحةِ استقرَّ العمل بها، وبهذا أيضاً أفتى الفقيه الإمام عبدالله با مَخْرَمة وشيخُنا الإمام عبدالله با فضل، قال: لأن الهبةَ مستحبةٌ إجماعاً، وإنما يُكْره إذا أَضْمَرَ أو أظهرَ أنه لا يُعْطي الآخَرَ شيئاً.

قال: وقد لا يُكرهُ التخصيصُ حيثُ كان الآخَر عاقّاً أو فاسقاً يَصْرِفه في المعاصي، أو رضي بذلك، ويعضُدُه صحةُ صومِ الدهرِ مطلقاً، والصلاةِ: في أرضٍ مغصوبةٍ، حيث تصحُّ ويصلِّي في غيرِها، قال:

وكذا يُقالُ: الهبةُ لبعضهم مستحبَّة وتركُ العدل هو المكروه انتهى، وبمثله أفتى أبو قُضام، وصرَّح بالبطلان حيثُ لم يكن للناذر مالٌ غيرُ ما نَذَرَ به ولم يقارنْه معنىً يمنعُ الكراهةَ، قال: وكذا إن ثبت قصدُ حرمانِ غيرِهِ ولو بنكُوله عن نَفْيِ علمِه وَحَلَفَ الغيرُ به إنِ ادعاه، وحيثُ لا يكرهُ تخصيصُه لسببٍ كَبِرٍّ: صحَّ له مطلقاً بلا شك، كما أفتى به زكريا.

## ١١٧٥ ـ مسألة

النَّذْرُ المُنَجَّزُ في مرض الموت، والمعلَّق بالموت أو بمرضه؛ يُعتبر من الثُّلُث، وكذا لو علَّقه بمرضٍ مَخُوف، فَمَرِضَه ومات منه، فلو علَّقه بصفة أخرى فَوُجِدَتْ بعد الموت تبيَّن بطلانُه، لانتقاله بالموت إلى مِلك الوارث، أو في مرض الموت بغيرِ اختيارِ الناذر، فالأصحُّ أنه لا يُحْسَبُ من الثُّلُث لأنه غيرُ متَّهم، وقياسُ هذا صحتُه بغير إجازة حيثُ كان المنذورُ له وارثاً، فإن وُجِدت باختيارِهِ ـ كدخولِه الدارَ ـ اعتُبِر من الثلُث، وحيثُ لزمَ نَذْرُ التصدُّق ومات الناذر: بقيَ، فإنْ كان في معيَّن، فاستقلَّ المنذورُ له: إنْ عُيِّن بأَخْذه: فقياسُ أخذِ الغريمِ من التركة جنسَ دَيْنه: جوازُهُ، وكونُهُ بإذن الورثة أولى، أو في الذِّمة: فوصيَّةٌ كسائر الدِّيون، هذا ما يقتضيه المذهب، وبعضُه مصرَّح به فيه.

## ١١٧٦ ـ مسألة

قال: نذرتُ لك كلَّ سنةٍ بعشَرةٍ ما دام فلانٌ حياً، ومات المنذورُ له، فهل يجبُ لورثته؟ أجاب موسى بن الزِّين وأحمد بن الفقيه الطاهر ابن جُعْمان اليمنيَّان بعدمِ وجوبِها، والإمام القماط: بالوجوب، أعني: في نظيرٍ لها. أقول: والظاهرُ أنه إنْ أراد تنجيزَ النَّذْر وتأجيلَه لكلِّ سنةٍ:

لزم، أو أنه يتجدَّد لكلِّ سنةٍ التزامُ عَشَرة: لم يلزم، إذْ ليس من أهل التملُّك حينئذٍ، وبذلك يجتمعُ الكلامان، ويُعرفُ أن من نَذَرَ بشيءٍ يتجدَّد كلَّ سنة في مدةِ ذِكْرِها فماتَ فيها: يبطُلُ فيما بقيَ، لخرابِ ذِمته، وأفتى القماط فيمن نذر لامرأته. لسُكْنى دارِه مدةً فماتتْ فيها: أنها لا تكونُ لورثتها، وهو محمولٌ على ما إذا أراد سُكْناها بنفسها، فإن أراد بها حقَّ منفعةِ السُّكْنى انتقلت، وحيثُ شكَّ في المسألتين فالأصلُ براءةُ الذمة، وموتُ الناذرِ في الأُولى كموتِ المنذور له، لكنه إذا لزمَه مؤجَّلاً حلَّ بموته، فإن كان معلوماً صُرِفَ كلُّه الآن من تركته، وإن جُهل ـ كما في: ما دام زيد حياً ـ: وُقِفتْ لتصرف إليه في كلِّ سنة قَدْرُها. هذا ما يقتضيه المذهب، فإن تعلَّق بعينٍ معيَّنةٍ اختَّصَ بها.

## ١١٧٧ ـ مسألة

تَبَايعا شيئاً، ثم اتفقا على أن ينذُر كلٌّ منهما بما يريدُ أَخْذَه منه بالبيع، أو قال أحدهما: نذرتُ لك بهذا إنْ وهبتَني ذلك، ففعل الآخرُ ما علَّق عليه: صحَّ النذران، كما أفتى به شيوخُنا الثلاثةُ: عبدالله با فضل، وشيخه أبو مخرمة، والقاضي عبدالله بن عَبْسِين، ولكن ظاهرُ كلامِهِ أنه إنما يصحُّ ظاهراً، إجراءً للأحكام على أصولها، وأما في الباطن ففيه شيءٌ من حيثُ إنه حيثُ كان القصدُ فيه البيعُ لم يكنْ حينئذٍ قُربةً، فإن كان سببُه محذوراً ففيه شُبهةٌ، كأنْ يُقْرِضَه شيئاً وَتَوَاطآ على زيادةٍ للمُقْرِض، فنذرَ له المُقْتَرِض بها؛ وأما في غير ذلك فقد كان شيخنا عبدالله با فضل يراه صحيحاً مطلَقاً، وَيَفْزَعُ إليه ويَعمل به في كلِ ما يريدُ بَيعَه ويتخلَّف فيه شرطٌ من شروطه كالمجهول، ولا يرى به بأساً، فعلى ما ذكر يصحُّ في كلِّ ما صحَّ نذره، ولا تجري فيه أحكامُ البيع، ولا خيارَ

فيه بعيبٍ ولا غيره، ولا ينفسخُ بتلَفٍ قبل القبض، ولا يُشترطُ التقابضُ في الأطعمة والنقود ونحوِ ذلك من أحكام البيع.

## ١١٧٨ ـ مسألة

لو أراد الناذرُ تعجيلَ ما علَّق نَذْرَه قبلَ وجودِ المعلَّق به، ففي جوازه وجهان، صحَّح الجوازَ في «الروضة» في كتاب الأيمان، وَجَزَم به في «المنهاج»، قال أبو مخرمة: وهو الذي ينبغي ترجيحُهُ، وصحَّح المنعَ في فصل تعجيل الزكاة من «الروضة» و«المجموع»، والأولُ أوفقُ للقاعدة، وكان شيخنا عبدالله با فضل يراه طريقاً لمن أراد إبطالَ النذرِ المعلَّق قبلَ وجودِ صفته، على القول بمنع التصرُّف فيه، كما سَبَقَ ما فيها.

## ١١٧٩ ـ مسألة

النذرُ اللازمُ: هل يلزمُ الإتيانُ به على الفَوْر؟ مقتضى كلامِ الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أنه على التراخي، وفرَّق بينه وبين الزكاة بأنها لسدِّ الحاجات والخَلَّات مع تضرُّر المستَحِقِّين بتأخيرِها وتشوُّفِهم إليها بخلافه لعدم شعورهم به، وفصَّل الفقيه قطب الدين إسماعيل الحضرمي بين أن ينذرِ عبادةً بدنيةً فيمكنُ نفيُ فوريَّتها، أو ماليةً لغير معيَّن كالفقراء، فتجبُ على الفور، أو لمعيَّن يَعلم رضاه بالتأخير: فلا، أو لا يَعلمه: فلا يبعدُ وجوبُ الفور، قال: ويمكنُ أن يكونَ الدَّيْن كذا.

## ١١٨٠ ـ مسألة

حيثُ كان النذرُ لمعيَّن في الذمة بشيءٍ معلومٍ فأبرأه المنذورُ له، هل تصحُّ البراءة؟ يُنْظَر إن كان النذرُ بصيغةِ: نذرتُ لزيد بكذا، أو عليَّ

لزيد كذا: فالظاهرُ القطعُ بصحة الإبراء، وبه جزم أبو مخرمة، لما سُبَق أنها تقتضي المِلكَ في الحال، وَيَتَمَحَّضُ فيها الحقُّ للمنذور له، وإن كان بصيغةِ: عليَّ، أو نذرتُ أن أتصدَّق بكذا على فلان: ففيه احتمالان، أظهرُهما: الصحةُ، أما إن قُلْنا: ينتقلُ المِلكُ للمنذور له ـ كما سَبَق احتمالُهُ ـ فكالأول، وأما إن قلنا: لا يملُكُه لكنْ له المطالبةُ به: فكذلك، لأنه حقٌّ توجَّه له طَلَبُهُ في الحال، فيَسقُط بإسقاطه، كحقِّ الشُّفْعة، وحدِّ القذف، والاحتمال الثاني ـ ما ذكره بعضهم ـ لا يجوز ذلك، بناءً على أنه لا يَمْلكُه، ولا مطالبةَ له به، وهذا ما رآه ابن قاضي شُهبة، لكن من غير هذا المأخذ، بل قال: لأن النذرَ يُسْلَكُ به مسلكَ واجبِ الشرعِ، فهو هنا كالزكاة، لا يَسْقُط بإبراء مستحقِّيها وإنِ انْحَصَروا، يعني كما ذكره الإمام، لأنا تُعُبِّدْنا بإقْباضهم، ولم يُوْجَد. انتهى.

وحيث تأملتَ قولَه علمتَ ضَعْفه، لأنا لم نُتَعَبَّدْ هنا بالإقباض، والمرعيُّ في الزكاة الصفاتُ لا الأعيان، وفي النذر عينُ المنذور له، ولذلك يصحُّ للغني، ثم سلوكُهم به مسلكَ الواجب: إنما هو مخصوصٌ على القول به في النذر المطلَق، ولا يجيءُ في المعيَّن أصلاً، كما هو معروفٌ في بابه، وكذا جزم أبو مخرمة في القسم الأول بصحةِ حُوَالَةِ المنذورِ له عليه، وببراءةِ الناذِرِ فيه بأداءِ غيرٍ عنه.

## ١١٨١ ـ مسألة

أفتى الإمام موسى بن الزَّين اليمني الزَّبيدي أن من تلفَّظ بلفظِ النذرِ ولا يَدْري ما معناه: لا يصحُّ نذرُه، ويُقْبل دعواه إذا دلَّت قرينةُ حالِهِ عليه، وأطال في تقرير كلامه، وَنَقَل عن «قواعد» ابن عبد السلام أن العربيَّ إذا

نَطَقَ بكلماتٍ عربيةٍ لا يَعْرف معناها شرعاً كقوله: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، أو لفظِ نكاح أو خُلْع، لا يُؤَاخذ بشيءٍ، إذْ لا شُعورَ له بمدلوله، وكذا لو لقَّنَه إياه من لاَ يَعْرِفه. انتهى بمعناه، وأفتى شيخنا عبدالله با فضل في مثل ذلك بصحته ممن هي لغتُه، ونقل عن «قواعد» الزَّركشي ما يقتضيه، وأفتى عليُّ بنُ قاسم الحَكَمي في عاميٍّ محضٍ عربيٍّ لُقِّنَ وَقْفَ شيءٍ، وهو لا يعرفُ أن الوقفَ يُزيلُ المِلك في بلدِ جهالٍ: أن الوقفَ يصحُّ إذا عَرَفَ أنه نوعُ عطيَّةٍ، وإن لم يَدْرِ كيف سبيلُهُ إذا اعتقدَ أنه نوعُ حَجْر، بخلاف الأعجمي فإنه لا يَعرفُ شيئاً من معنى اللفظ. انتهى، ويجري في نظائرهما من كلِّ عقدٍ وحَلٍّ.

## ١١٨٢ ـ مسألـة

من نَذَرَ أن يتصدَّق كلَّ يومٍ بكذا: لَزِمه، فإن كان معسِراً تقرَّر إلى قدرته. قاله البغوي وغيره، أو أن يقرأ كلَّ يومٍ جزءاً من القرآن، وكذا من كتابٍ من كتبِ العلمِ المحمودِ: لزمه في الظاهر، كما شَمِله إلزامُهم كلَّ قُرْبة بالنذر، ولا سبيلَ إلى حَلِّه، ولا يجوزُ تقديمُ وظيفةِ يومٍ عليه، قياساً على نذرِ الصلاة في وقتٍ، فإن الأرجحَ ـ كما قاله الإسنوي ـ تعيُّنُه لها، فإن أُخِّرتا على الوقت قُضِيَتا وجوباً، كذا أفتى به أبو مخرمة، قال: وإن كان في قضاء القراءة نَظَرٌ.

أقـول: ولا نَظَرَ فيه، إذ يبقى أصلُ لزومِ القراءة كما يجبُ قضاءُ الأضحيةِ بفواتِ وقتها، بل النظرُ في تعيُّن الوقتِ لها، والأشبهُ عدمُ تعيُّنه كالصدقة، لا كالصلاةِ، لأن لها به في الأصل تعلُّقاً ظاهراً، وإذا عيَّن للصدقة أهلَ بلدٍ تعيَّنوا، وينـوي في صلاتـه الفرضيـةَ، ولو نَحـوَ: الأضحى، كما صرَّح به بعضهم، أي: وإلا فلا تنعقدُ، كالمكتوبة، قال

في «العُباب»: ولا بدَّ في القراءة من نيَّتها نذراً أو فرضاً، وإلا لم تُجْزِهِ إن لم ينذرْها في الصلاة وإن عيَّن وقتُها، أي: فيعيدُها بنيته، ويقاسُ بها: كلُّ ما نَذَره من نفلٍ أصليٍّ يمكنُ تكـرره ولم يتعيَّنْ وقتُهُ شرعاً، كالتصدُّق بشيءٍ في الذِّمة، بخلافِ نحوِ نذرِ تعجيلِ الحجِّ، وقراءةٍ في صلاةٍ، والصلاةِ أولَ الوقت، وصلاةِ جنازةٍ، مما لم يدخُل في الضابط إذا فَعَل ذلك بغير نيةٍ، وكذا الوضوءُ لكلِّ فرض، فتوضأَ له عن حَدَث، إذْ تكرُّره غير مطلوب، كما صرَّحوا به.

قال القاضي أبو حَميش: ومن نَذَر أن يزكِّيَ مالَه زكاتَيْن، فإنْ كان مما تجبُ فيه الزكاة وَقَصَد إيجابَ ذلك زكاةً؛ لم تلزمْ إلا الزكاةُ الواجبةُ بالشرع، فإن لم تجبْ فيه ـ أي: لقلَّتِه، أو تخلُّفِ شَرْطٍ، أو: وَجَبَتْ وَقَصَدَ الصدقةَ بالمقدَّر فيه لو وجبت مرتين في الأولى وبالزائد عليه في في الثانية: وَجَبَ كذلك، وإن كان المالُ مما لا زكاةَ فيه أصلاً: لزمه التصدُّقُ بما يقعُ عليه الاسم منه مرتين. انتهى، ومثلُه: لو نَذَرَ مع كلِّ صلاةٍ مفروضةٍ صلاةً، فتلزم، ويلزمُ تأخيرُها إنْ قال بـ: إثْرِها، لكن يحرمُ بعد الصبحِ والعصرِ، أي: فلا يلزمُ معهما إنْ قاله، كما قاله زكريا.

## ١١٨٣ ـ مسألـة

أفتى موسى بن الزَّين بأنه لو نَذَر المشتري أو المستأجِرُ أن يفسخَ على البائع البيعَ، أو على المُؤْجِر الإجارةَ، أو أن يُقيلَهما إن طَلَباه: لا يصحُّ لأنه غير قُرْبة، إلا أن يقول: إن نَدِم وَطَلَبه، لأنه يكون حينئذٍ قربةً، ووافقه المُزَجَّد، ولم يشترطِ الندمَ، واكتفى للزومه بالطلب، وأن مَنْ له نصفُ عينٍ فنذر بنصفها، ولم يقل: نصفي: أنه ينصرفُ إليه، كالوصية، وأيَّده بكلام البُلْقيني وغيره.

# بـاب الأيمان

إنما تنعقدُ شرعاً بأسماء الله، وصفاتِهِ المختصَّةِ به، أو الصالحةِ له ولغيره في الاستعمال وَنَوَاها به، ويُكْرهُ بغيرها ـ ولو معظَّماً ـ كالنبيِّ والكعبة، وقال الشافعي: يَقْرُبُ أن يكـونَ معصيةً، وَحَـرَّمَه جَمْـعٌ، وبعضُهم في غير المعظَّم كالليل، وقال الماورديُّ: يَحْرُمُ بالطلاق، وليس للحاكم التحليفُ به، وإذا بلغَ الإمامَ أنه يُحَلِّفُ بالعِتْق عَزَله، وقال في «الأحكـام السلطانية»: للمحتَسِبِ التحليفُ بـه، لا القـاضي، وروى الحاكمُ[1] حديثَ: «من حَلَفَ بغير الله كَفَر»، وفي رواية: «أشركَ»، وحُمِل على من عظَّمه معتقداً فيه ما في الله، وفي «تاريخ البخاري»[2] بسند ضعيف حديثُ: «ما حَلَفَ بـالطلاق مؤمنٌ، ولا استحلَفَـه إلا منافق» أو نحوه، وقولُه: وحقِّ الله، أو: وسورةِ كذا، أو: التوراةِ، أو المصحفِ، أو القرآنِ: يمينٌ، إلا أن يريدَ بالحق: العباداتِ، وبالمصحف: الورقَ؛

---

(١) هو في «المستدرك» ١: ١٨ و٥٢ و٤: ٢٩٧ وقال على شرط الشيخين ووافقه الذهبي، وهو في الترمذي كتاب النذور والأيمان ـ باب كراهية الحلف بغير الله ٥: ٢٥٣ (١٥٣٥) وحسَّنه.

(٢) لم أره فيه، إنما عزاه السيوطي في «الجامع الكبير» و«الجامع الصغير» إلى تاريخ ابن عساكر وأنه قال فيه: منكرٍ جداً. وتحرف «ابن عساكر» إلى «ابن عدي» في كلام المناوي في «فيض القدير» فليصحح.

أو السوادَ لا المكتوبَ، وبالقرآن: الخطبةَ أو الصلاةَ[1]؛ وقولُه: إن فعلتُ كذا فأنا يهوديٌّ ونحوه: حرامٌ جداً، فإن أراد التعليقَ: كَفَرَ في الحال، أو امتناعَه عن فعله: فلا، فإن مات وشكَّ: فظاهرُ كلامِ النووي أنه لا يحكم بكفره، قال القاضي ابن عَبْسِين: وهو الصواب، خلافاً لقول الإسنوي: القياسُ تكفيرُهُ لوضعِ اللفظ، وينبغي أن يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله، وأوجبه في «الاستقصاء».

ومن حَلَفَ على تَرْكِ واجبٍ: لزمه الحِنْث، قال البُلْقيني: إلا أن لا يتعيَّنَ عليه كـ: والله لا أصلِّي على فلان، وإلا الذي يمكنُ سقوطُهُ كـ: والله لا أُقِيدُ[2] بمن قَتَله، لإمكانه بالعفو، واستَدلَّ بيمين أنس بن النضر: والله لا تُكْسَرُ سِنُّ الرُّبَيِّع، فعفَوْا عنها[3]، فإنِ امتنعوا: وَجَبَ، أو: على مباحٍ فالأَوْلى تركُهُ، قال الأذرعي: إلا أن يكون فيه أذىً للغير، كَحَلفِه أن لا يأكلَ مع ضَيْفه وهو يكرهُ ذلك، لقصةِ أبي بكر بذلك[4]، وكيمينٍ يَكْرَه أبوه أو صديقُهُ بقاءَه عليها، قال الإمام: ولا تجبُ اليمينُ أصلاً، وقال عز الدين: يجبُ فيما لا يباحُ بالإباحة: كالدماء والأَبْضَاع إن

---

(١) على ملاحظة أن الخطبةَ خطبة الجمعة مثلاً ـ والصلاةَ يكون فيهما قراءة قرآن، فهو من باب إطلاق الجزء.. وهو القراءة ـ وإرادة الكل: الخطبة والصلاة.

(٢) أي: لا أقتصُّ.

(٣) الحديث رواه البخاري في مواضع من «صحيحه»، انظر منها تفسير الآية الكريمة: من سورة البقرة ﴿يا أيها الذين آمنوا كُتِبَ عليكم القِصاصُ في القتلى﴾ ٨ : ١٧٧ ( ٤٥٠٠ ) .

(٤) رواها البخاري في كتاب المناقب النبوية ـ باب علامات النبوة في الإسلام ٦ : ٥٨٧ ( ٣٥٨١ ) وفي كتاب بالأدب باب ما يكره من الغضب والجزع عند الضيف والباب الذي يليه ١٠ : ٥٣٤ ـ ٥٣٥ ( ٦١٤٠ ـ ٦١٤١ ) . وفيها قوله: والله لا أطعمه الليلة، ثم قوله: هات طعامك وقال: بام الله، وأكل.

تعيَّنَتْ لدَفْعه، والذي أَراه وجوبُها لدفعِ يمينِ خصمٍ في المال ونحوه مما يباحُ بالإباحة أن يَحلِف له كاذباً، وتكرهُ في غيره إلا في أيمانِ الخصومةِ للصادق، وإلا في الطاعات، وقد تُسَنُّ إذا أراد تأكيدَها، أو تعظيمُ أمرٍ شرعيٍّ كبيانِ علمٍ قطعيٍّ، وحيثُ لم يَقْصِدها لسَبْق لسانِهِ بها، أو إلى غير ما أراد الحَلِفَ عليه: فَلَغْوٌ، ويُصَدَّق في دعواه، لا في الإِيلاء، والطلاق، والعِتْق إلا بقرينةٍ، ويُقْبل قولُه في: والله، وبالله، وتالله كذلك: أردتُ قَطْعَها عما بعدها لمعنىً أردتُه.

ومن أُقْسِم عليه بالله سُنَّ إِبْرَارُه إن لم يكن مكروهـاً ورُجِّحتْ مصلحتُهُ، ويُكْرهُ ردُّ السائل بالله أو بوجهه في غيرِ المكروهِ، والسؤالُ بذلك مكروهٌ، فإنْ قال: إفعلْ لي كذا لله ـ باللام ـ فلا، إذِ الطاعاتُ لا تكون إلا له، كذا أفادنيه القاضي ابن عبسين، ولو عقَّب اليمينَ بـ: إن شاء الله، أو وَسَّطُها، أو قَدَّمها، وَقَصَدَه قبل فراغها: لمْ تَنْعقد، كما سبق في الطلاق، وكَهُما العِتْقُ، قال الأزرق: حتى لو قال: واللَّهِ ما قمتُ إن شاء الله، فهو استثناءٌ يُرفعُ الحكم، ذكره المُتَوَلِّي، وهي نفيسة، فإن حَلَفَ على مشيئة آدمي: تعلَّقتْ بها، فلو قال: والله لأدخلنَّ إن شاء الله[1] زيد: لم تنعقدْ حتى يشاء، ثم لا يحنثُ بتركِ الدخولِ إلا باليأسِ منه، كما سبق هناك في أشياءَ منه.

وإن قَصَرَ ألفَ الجَلاَلَة[2] فتركه: فالذي بحثَه النوويُّ في «بالله» أنه لَغْوٌ وإن نَوَى، لأن معناه: البَلَلَ، وقال ابن الصلاح: ليس هنا لحناً بل هو لغةٌ في الجلالة حكاها الزَّجَّاجي، وهي شائعةٌ في اليمين، فكَوْنُها يميناً عند الإطلاق أولى، قال زكريا: وحكاها غيره، فقولُه أَوجَهُ لأنه

(١) في الأصل: إن شاء الله زيد، وواضح أن لفظ الجلالة مقحم هنا.

(٢) يريد الألف التي بعد اللام وقبل الهاء؛ وحينئذٍ لا تظهر الهاء آخر لفظ الجلالة.

مثبت، والنوويُّ نافٍ، ونقل الرافعي عن الجُوَيني، والإمام[1]، والغزالي أنها كنايةٌ، وجزم به في «الأنوار» و«العُبَاب»، وحيث حَذَفَ حرفَ القسم: فكنايةٌ، وكذا قولُه: وحقُّ الله ـ بالرفع أو النصب ـ كما في «الأنوار» و«العباب»، وكذا: أشهدُ، أو شهدتُ بالله، وآيمُ اللَّهِ، وعليَّ عهدُ الله، وميثاقُه، وقولُه، وسلطانُه، ورَحْمته، وغضبُهُ ـ إن أراد قدرتَه وإرادتَه ما يَرْحَمُ به أو يعاقِبُ ـ: فَيمينٌ لا غير، وقوله: أقسمتُ، أو أُقسِمُ بالله، يمينٌ، إلا أن يَنْويَ شيئاً ماضياً أو وعداً.

## ١١٨٤ ـ مسألة

إذا حَنِث في يمينه لزمتْه الكفارة ولو على ماضٍ عُرِف كذبُهُ فيه، وهي الغموسُ التي تَغْمِسُ صاحبَها في الإثم أو النار، وتتعدَّد الكفارةُ بتعدُّدها، كالظِّهار، كما في «الأسنى» وغيرِهِ، كأيمانِ القَسامة، فيكفِّرُها إن كَذَبَ خمسين كفارةً، لأن كلاً منها مقصودٌ، بخلاف ما كرَّرها في غيرها كـ: والله لا أدخُل الدار، وكرَّرها، فليس فيه إلا كفارةٌ وإن تفاضلتْ، أو كانت معلَّقةً بشيءٍ واحدٍ ما لم يكفِّرْ؛ فإن نَسِيَ الماضي، أو جَهِله، فَحَلَفَ بناءً على ظنِّه ـ وهو بخلافه ـ أو أَتى المستقبلَ ناسياً لليمين، أو جاهلاً أن ما أتاه هو المحلوفُ عليه، أو مُكْرَهاً عليه، أو حَلَفَ على فعلِ من يُبَالي به[2] فَفَعَلَه المحلوفُ عليه ناسياً، أو جاهلاً: لم يحنث في الأظهر، ولا تنحلُّ اليمينُ[3] كما مرَّ مفصَّلاً في الطلاق، فإن

---

(١) هو إمام الحرمين الجويني، والمذكور قبله هو والده أبو محمد الجويني، رحمهما الله تعالى.

(٢) أي: يهتمُّ بحلفه.

(٣) أي: لا تقع يمينه ولم يحنث بها بعد، فهي منعقدة قائمة، عليه أن يتجنَّب المخالفة لما حلف عليه.

حَلَفَ لَيَفْعَلَنَّه، فَفَعَلَه ناسياً: بَرَّ وانْحَلَّتْ يمينُهُ، نقله في «النفائس» عن جَزْم الأصحاب.

وقوله: والله لأفعلنَّ كذا وكذا: يمينٌ بهما، فإن تركهما معاً، أو أحدَهما إلى اليأس منه: حَنِث؛ وقوله: لا أفعلُ كذا وكذا: يمينٌ عليهما معاً، فلا يحنثُ إلا بفعلهما، فإنْ قال: لا أفعل كذا ولا كذا، حَنِث بكلٍّ منهما، ويتعدَّد، ولو جَمَعَ النفيَ مع الإثبات: لم يحنث إلا بتَرْكِ المُثْبَتِ وفِعْلِ المنفيِّ معاً، كـ: والله لآكلنَّ ذا أو لا أدخُلُ الدارَ اليومَ: فلا يحنثُ إلا بتَرْكِ الأَكْلِ ودخولِها في اليوم معاً، ووالله لأُسَلِّمَنَّ عليك كلَّما مررتُ: يتعدَّد بكل مرور أبداً، لأن «كلما» تقتضي التكرار، وكذا: لأُعْطينَّك كذا كلَّ يومٍ: يكون لكلِّ يومٍ بِرٌّ أو حِنْثٌ، ولا أفعل كذا أو كذا: نقل في «الروضة» عن الحنفية أنه يحنثُ بأيِّهما فعل، واعتمده البُلْقيني، وفي «الروضة»: يُشْبِه أن لا يحنثَ إلا بفعلهما معاً، لأن «أو» في الإثبات تقتضيهما، وَجَزَم به في «مختصرها» و«العُبَاب»، فلو قال: «لا أدخُلُ ذا الدارَ ولأَدْخُلَنَّ الأخرى اليوم، فدخلها فيه: بَرَّ أوْ لا؟ فقال الرافعي: يحنثُ، لتحقُّقه بترك الدخول، وعدمُه في الأولى ليس شرطاً له، وجزم في «العباب» بأنه لا يحنثُ إلا بدخولِ الأُولى، لأنها يمينٌ على شيئين لم يحنثْ في أحدهما بعدُ.

## ١١٨٥ ـ مسألة

الكفارةُ إطعامُ عَشَرةِ مساكينَ أو فقراءَ، كالزكاة، كلَّ واحد مُـدّاً فأكثر، فإن نَقَصَ فوفَّاه له ـ ولو بعد تَلَفِ الأول معه ـ جاز، من غالبِ قوتِ البلد أو أرفعَ؛ أو كسوتُهم كلَّ ما يُسمَّى كساء، ولو صغيراً لكبير، قاله الأكثرون، قال الأذرعي: والأقربُ إلى الآيةِ وكلامِ العراقيين مَنْعُه،

وبه قال القفَّال وغيره، وقضيةُ كلام «الذخائر» أنه المَذْهَب، إذِ المرادُ سَدُّ خَلَّتِه، ويُجزيءُ عتيقٌ قويٌّ، ومُخَرَّقٌ ساتِرٌ ـ لا لِبلىً ـ ولا مُهَلْهَلُ النَّسْجِ يَقِلُّ بقاؤُه كالبالي، ويجزيءُ غيرُ لائقٍ بمن دَفَعَه له، ولو فَرْوةً اعتاد لُبْسَها غيرُهُ نادراً، أو حريراً لرجلٍ؛ أو عِتْقُ رقبةٍ بشرطها، كما مرَّ في كفارة الظِّهار، فإن عَجَزَ بأنْ جاز دفعُ الزكاةِ إليه لفقرٍ أو مَسْكَنةٍ: صام ثلاثاً، وتتعيَّنُ للعبد، فإن مات فلسيِّده أن يكفِّـر عنه بـالمالِ غيـرِ العِتْق، كالمبعَّض الموسِر في حياته.

## ١١٨٦ ـ مسألـة

الألفاظُ تتعلَّق بحقائقها إلا أن يُريدَ دخولَ المجاز، فَحَلِفُ الأمير: ليضربنَّ زيداً، أو لَيَبْني داراً: يتعلَّق بفعلِ نفسِهِ، وكذا قولُهُ: لا أحلِقُ رأسي، فحلقه غيرُهُ بأمره: لا يُحْنِثُه، وقيل: يحنثُ به، للعرف، وصحَّحه الرافعي في الحج، والإسنوي وغيره، ودارُ زيد وعبدُه: يُحْمل على مِلكه، فإن زال فات حكمُهُ، إلا أن يقولَ هذا في غيرِ عتقِ العبد، أما لو عَتَق فيفوتُ وإن قاله، إذْ لا يُتَصوَّر عَوْدُه له، وكذا لو قال: لأرفعنَّك إلى زيد القاضي: تعلَّق به وإن عُزِل، لتعيُّنِه وإمكانِ عوده قاضيـاً، فلو قال: لا آكلُ من هذه السَّخْلة، فكبِرتْ[1]، أو الحنطةِ، فطُحِنت، أو أَدخلُ هذه الدار فَخَرِبت؛ لم يحنثْ، لأن وصفَها زال، فلو قال: هذه الشاة ـ لبقرةٍ ـ أو لكبيـرةٍ: سخلة، تعلَّق بعينها لتعيُّنهـا، ولفظُ الشاةِ والسخلةِ كَذِبٌ، وفارقَ عدمَ حنثِ من قال: لا آكلُ من هذه الحنطةِ بدقيقٍ منها: باستحالةِ صِدْقه فيهما، فلَغَا ذِكْرُه، بخلافها، وعلى قياسِهما

(١) في «المصباح المنير»: «السخلة: تُطْلَق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن والمعز ساعة تُولد».

حكمُ الطلاق بذلك، وقولُه: مسكنُ فلان: يتعلَّق بما يَسْكُنُه، ولو لغيره، إلا أن يُريدَ مِلكَه، كعكسِه في داره، ولا يُقْبلُ في إرادتهما في الطلاقِ والعتقِ والإيلاء إن لم يُصْدَّق، كذا في «الروضة» و«مختصرها» وغيره.

وَنَقَل الرُّوْياني عن النصِّ أن الحانوت كالدار، فَيُحمل على الملك، واختار خلافَه، أي: حَمْلَه على ما يَعْمل فيه، قال الزركشي: ونَقْلُه حقٌّ، وهو قول الجمهور، والمختارُ ما اختاره، قال زكريا: وهو القياس، وسكتَ الشيخانِ عن الترجيح؛ ويحنثُ بما حَدَثَ للمنسوب إليه في الكلِّ إن لم يُرِدْ ما هو له الآن، كما ذكره البَغَويُّ والماوَرْدِيُّ وابن الصباغ وغيرهم؛ وقوله: لا آكُلُ أو أدخلُ ما اشتراه زيد: يقعُ بما اشتراه وَحْدَه ولو لغيره، لا هو وغيرُهُ ولو مرتَّباً، إلا أن يُفْرِزَ حصتَه، فيقعُ بها، على الظاهر لزكريا، ولا أَثَرَ لزوالِ مِلكه عنه، أو عن بعضه، أو اختلاطه بغيره، بحيثُ يُظَنُّ بغلبة أَكْله منه، ولا يقعُ بما مَلَكَه بشُفْعة أو قِسمةٍ وفسخٍ وصلحٍ، ولا بما اشتراه وكيلُه؛ أو: لا يأكُلُ طعامَه: حَنِث بمالَه شركةٌ وإن قلَّ، لأن كلَّ جزءٍ يُسمَّى طعاماً، لا بعجينٍ خَمَّره بخميرِهِ[1]، لاستهلاكِه، كما في آخر الطلاق من «الروض»؛ ولا في قوله: لا ألبَس ثـوبَه، أو أركبُ دابتَـه ونحوها، إذ لا يُطْلق على حصته ذلك، وحيثُ حَلَفَ على معيَّن: كهذا الطعام، والماء، والعبد، والكِرْباس[2]، تعلَّـق الحكمُ بكلِّه إن أمكنَ ولو بزمنٍ طويل، وإلا فيما وقعَ منه، فقولُه: لآكُلَنَّ هذا الطعام، أو: أشربُ ماء هذه الجَرَّةِ، أو أشتري ذا العبدَ، أو لا أفعلُ ذلك: يتعلَّق بكل ذلك، ولا أشرب ماء البئر، أو النهر: يتعلَّق بما قلَّ منه، فإن أراد كلَّه

(١) في الأصل: بخميرة، والصواب ما أثبته، لئلا يضيع المعنى المراد.

(٢) «الثوب الخشِن» كما في «المصباح». لكن في «القاموس»: «ثوب من القطن الأبيض» والثوب القطني ليِّن.

فتعليقٌ بمحالٍ، فيحنثُ في الإثبات دون النفي.

وكذا ما ذُكِر للظرفية بلا تحديدٍ يُقْصَد، كدخولِ الدار، وقيامِ الليل، يقع بأيِّ جزءٍ منهما، أما المحدَّدُ المقصودُ: كقيامِ ليلةٍ: فالظاهر تعلُّقه بكلِّها، إلا أن يريدَ مجردَ الظرفية، وكذا: لأَعْمُرَنَّ المسجدَ، الظاهرُ تعلُّقه بمسمَّى العِمارة ولو في بعضه، إلا أن يريدَ كلَّه، لأن كلَّ جزء منه مقصودٌ له، كما في: لأضربنَّ زيداً، يقعُ بأيِّ جانبٍ من بدنه، ولا ألبَسُ الخاتم، يتعلَّق به في أصابعِ يدِ المرأة، وخِنْصِرِ الرجُل، وحكى الرُّوْيانيُّ عن الأصحاب أن بقيةَ الأصابعِ مثلُها، قال الأذرعي: وهو الراجح، لوجودِ حقيقةِ اللُّبْس قال: ولو في الأَنْمُلَةِ العُلْيا، في الظاهر، وعن المُزَني: أنه لا يتعلَّق بلُبْسها، وتَبِعه ابن الرِّفْعة وغيره، وجزم بـه ابن المُقْرِي في «روضه»، وصاحب «العباب».

ولُبْسُ الثوب غيرُ التَّدَثُّر به وافتراشِه إن لم يَدْخُل في بعضه من جوانبه، والقميصُ والسراويلُ بلُبْسِه المعتاد وغيرِه مع بقاءِ هيئةٍ، لا بعدَ فَتْقِه إلا أن يُريده، والقَلَنْسُوَة تختصُّ بالرأس، والمالُ يشملُ كلَّ شيءٍ حتى الدَّينَ وثوبَ بدنِهِ لا مكاتَبَه ومنفعتَه، قال البُلْقيني: ولا دَيْنَ كتابةٍ، أو على ميتٍ لم يُخَلِّف وفاءَه، ولا يدخُل فيه القِصاص وحقُّ الشُّفْعة؛ واسمُ الكِسْوة يُؤْخَذُ مما فصَّلوه في الكفارة؛ وكلُّ مضافٍ إلى مالكه - كعبد زيد -: يَكْفي فيه وجودُ مالِكِهِ فيتعلَّق بما سَيَمْلِكُه بعدُ، كما سبق، أو إلى غيره: فلا بدَّ من وجودِ المضافِ: كأولادِ فلانٍ وَبَنِيه: لا يدخُلُ من حَدَث له بعدُ، وما عُرِفَتْ إضافتُه لتعريفٍ - كدارِ الأَرْقَم بمكة - لا يحتاجُ لمِلكٍ، بل يكون كالعَلَم، وإذا ذَكَرَ عقداً. كبيعٍ وإجارةٍ: تعلَّق بصحيحِه دون فـاسدِهِ، إلا الحـجَّ إذا أَدْخَلَه على عمرةٍ قـد أفسدهـا، لا إنْ أَحْرَمَ مجامِعاً، فالأصحُّ عدمُ انعقادِها أصلاً، فلا حكم له، ولو حَلَفَ

لا يُخالِعُها، أو لا يكاتبُه، ففعل ذلك فاسداً بحيثُ طَلُقَتْ وَعَتَق: فلم أَرَ مَنْ ذكَره، وينبغي تعلُّقُ الحكمِ به سيَّما في الخُلْع، لِصِدْق الاسم عليه.

فإن قال: لا أبيعُ الخمرَ: لم يقعْ ببيعها شيءٌ إذْ لا يُتَصوَّر إلا أن يريدَ صورتَه، أو لا أبيعُ فاسِداً: فباع ما يصحُّ بيعه بيعاً فاسداً فوجهان: جَزَمَ في «الأنوار» كغيره بأنه لا يحنثُ، لأنه لا يُسمَّى بيعاً، وقال الإمام: الوجهُ حِنْثُه، قال الأذرعيُّ: وظاهرُ كلامِ الشيخين ترجيحُ الأول، والقلبُ إلى كلام الإمام أَمْيَلُ، قال زكريا: ولي به أُسوة. أقولُ: لأن حَلِفه تعلَّق صريحاً بصورةِ الحال لا صحتِها، وَسَبَقَ في تعاليق الطلاق ما يبيِّنُه في مسألةِ من علَّق على شيء؛ والبِرُّ[1]: يتناولُ الصدقةَ والإبراءَ والعِتْقَ ونحوه. كما في الوصية، فإن قال: لا أَبَرُّ زيداً: فبالتبرُّعِ عليه، لا الزكاةِ، والتصدُّقُ: يقعُ بالفرضِ والنفلِ، والعتقِ والوقفِ، لا الهبةِ ـ إلا بنيَّتِه ـ ولا العاريةِ والضيافةِ؛ والمشاركةُ تشمل القِراض[2]، وقيَّده بعضُهم بما حَصَل فيه رِبْح.

ولو قال: لا أسافرُ وهو في سَفَر فاستَدَامه، أو رَجَعَ عنه إلى بلده: فهو سَفَر، إلا أن يريدَ غيرَ تلك السَّفْرةِ؛ وشمُّ الشيء: اجتذابُ رِيحِهِ بنَفَس خياشِيمِهِ لا إدخالِ الهواء له بلا جَذْبِهِ، ولا يدخُلُ في المشمومِ المسكُ والكافورُ والعُودُ والصَّنْدَل؛ والتَّسَرِّي: حَجْبُ الجاريةِ ووطؤُها حتى يُنْزِل معها؛ والاستخدامُ: طلبُ الخِدمة ووجودُها، لا هي بلا طلبٍ، والاستئذانُ: طلبُ الإذن مع وجوده، إلا أن يَقْصِدَ الإعلامَ فالطلبَ، قاله البغوي؛ وقولُه: لا ألبَسُ ما غَزَلَتْه، للماضي، وما تَغْزِله:

(١) يريد: لو حلف على أن يعمل بِرًّا، فإن يَبَرُّ بحلفه هذا بأي عمل خير كان: بالصدقة، وإبراء مَدِينه، وعتق عبده...

(٢) أي: شركة المضاربة.

للآتي، ومِن غَزْلِها: للحالَيْن، ولو قال: ثوباً منه: فلا بدَّ من سَدَاه ولُحْمته ولو عمامةً، ولا حنثَ برُقْعة منه، أو ما خِيطَ به مطلَقاً؛ وقولُهُ: لا آكُلُ ما أَنْعَمَ به فلان، أو يُنْعم: في الزمن مثلُه، ويحنثُ في تكليمه بسلام الصلاةِ وهو معه إنْ لم يَسْتَثْنِهِ بنيته، قال زكريا: أي إذا سَمِع به، وبه صرَّح البغوي، ولا يحنثُ بكلام مجنونٍ ونائمٍ لم يسمعْ، كما يؤخذ من كلام «الروضة» متفرِّقاً هنا وفي الإيلاء، وهو ظاهرُ ميلِ زكريا، قال الأذرعيُّ: والراجحُ المختارُ الذي دلَّت عليه قواعد الباب والعرف الظاهر: أنْ لا يحنثَ بسلامِ الصلاة، قال زكريا: وفيه نَظَر، قال الماورديُّ: ويحنثُ بتكليمه بعيداً، وهو بحيثُ يَسمعُ وإن لم يَسمعْ، ولو أقبلَ على جدارٍ فقال: افعلْ كذا لِيُفْهِمه: لم يحنثْ وإن لم يَقُلْ: يا جدار، قاله القفال.

والحُلْوُ: ما حَلاَ، إنْ دَخَلَ فيه عملٌ أوْ لا، والحَلْوَى: ما اتُّخِذ بالعمل من حُلوٍ ليس في جنسه حامِضٌ كمِنْ: تمرٍ وعسلٍ وسكرٍ، لا من عنبٍ ورُمَّان وإجَّاص، ولا الحُلْو نفسُه فمنها القَنْدُ والدِّبْس، وفي اللَّوْزِينَج والجوز نيخ[1] وجهان، قال الأذرعيُّ: والأشبهُ أنه منها للعرف، قال: ومثلُهُ ما يقال له: المكفن، والخشكتان، والقَطَايف؛ والشِّوَاء: اللحمُ المشويُّ، لا الشحمُ ونحوُ السمك، والمَشْوِيُّ: ما شُوِي على النار، والمطبوخُ بما في ماءٍ ونحوه عليها، والطَّبَاهِجَة مشويةٌ، ويحتمل غيره، والمَرَقُ: ما طُبِخ فيه اللحمُ وكذا الشحمُ والبطونُ والكِراشُ على أحد الوجهين، قال الأذرعيُّ: وهو المتعارَفُ في الأكثر، والطبيخُ: المَرَقُ ولحمُه، أو أَرُزٌّ أو عَدَسٌ طُبِخ بَوَدَكٍ أو سَمْن أو زيت؛ والثَّريد: خبز ثُرِدَ بمرقٍ لا غير.

---

(١) هكذا رسمت في الأصل.

ولو حَلَفَ لا يخرجُ إلا بإذنه، أو: لا أخرجُ بغير إذنه: تعلَّق بمرَّة، فإنْ أَذِن له فيها انحلَّتْ، لأن «إلا» استثناء، فكأنه قال: لا أخرج، فإن خرجتُ حنِثتُ إلا إنْ حَصَلَ لي منكَ إذنٌ، وكذا في «غير» لأن معناها النفي، فهي بعد إثبات الخروج كالاستثناء لذلك، وإذا قال لزوجته: إن خرجتِ لابسةً الحريرَ فأنتِ طالق، فخرجت غير لابسةٍ، ثم أخرى لابسةً: طلُقت بها، ولا تنحلُّ بالخَرْجة الأولى إذْ ليس فيها معنى الاستثناء، وإن قال: إن خرجتِ غيرَ لابسةٍ فأنت طالق، فخرجت أولاً لابسةً انحلَّتْ، ولا يقع به بعدُ شيءٌ، لما في «غير» من معنى الاستثناء، ومن حَلَفَ لا يَلْبَسُ الحُليَّ: حنِث بها من فضةٍ وذهبٍ ولؤلؤٍ وجوهرٍ ومحلًّى بهما، وكذا بالخَرَز لمن يتَّخذُه حُلياً، كأهل السواد، وفي غيرهم وجهان، والرَّيحانُ الضَّيْمَرانُ[1] فقط، لا الأنواع الطيبة، وسبق في صلاة الجماعة مسألةٌ من هذا الفصل.

## ١١٨٧ ـ مسألة

من حلف ليأْكُلَنَّ ذا غداً، فتلِف فيه بعد إمكان أَكْله: حنِث حينئذٍ، أو قبله، أو فيه قبل التمكُّن بغير اختياره: لم يحنث كالمُكْرَه، أو باختياره: حنِث في الغدِ، على ما رجَّحه الرافعي في باب الصيام، وقيل: من الآن، فعليه: يجوز أن يصومَ الغدَ كفارةً له، وعلى الأول: لا، وهل يحنثُ بقَدْر إمكانه منه أو قُبيل غروبه؟ وجهان، أصحُّهما عند البغوي والإمام: الأول، ولو قال: قبل الغدِ فتلِف بعد تمكُّنه منه: حنِث في الحال، على الأرجح، بناءً على ما صححاه، لأنه أولُ وقتِ الحِنْث،

---

(١) في «القاموس»: «والضَّيْمران والضومران: من ريحان البَرِّ، أو الريحان الفارسي».

وقيل: بالغد، كما تمَّ بالغروب، لأنه غايةُ اليأس، وقد سبق شيءٌ من المسألة في الطلاق.

## ١١٨٨ ـ مسألة

يجوزُ تقديمُ الكفارةِ ـ بعِتْقٍ أو إطعامٍ أو كسوةٍ ـ على الحنْث، لا قبل اليمين ولا بالصوم مطلقاً.

## ١١٨٩ ـ مسألة

حلفَ لا يشتري هذا بمائة، فاشترى نصفَه بخمسين ونصفه بخمسين: فأفتى موسى بن الزين، والقاضي محمد بن عبد السلام الناشِري، وأحمد بن الطاهر بن جُعْمان بعدم حِنْثه، والإمام محمد القماط والمُزَجَّد بحنثه، لحصول المقصود، وهو أقرب للعُرْف.

## ١١٩٠ ـ مسألة

قال لآخر: والله لا أُعْطيك اليومَ شيئاً إلا درهماً، فلم يعطه فيه شيئاً: لم يحنثْ، كقوله: لا أُجامِعُكِ في السنة إلا مرةً، ولم يجامعْها: فلا يحنث، كما رجَّحه النووي، وإن كان الاستثناءُ من النفي إثباتاً، لأن معناه: ألزمتُ نفسي تركَ جِماعكِ فيها إلا مرةً لم ألتزمْها وأنا مخيَّر فيها، فلو كان على ماضٍ كقوله: ما وطئتُكِ إلا مرة، أو: ما أَعطيتُكَ إلا درهماً ـ ولم يفعلهما أصلاً ـ حَنِث، إذْ لا يُمكنُ في تقدير ضدِّ النفي فيه إلا الإثبات، فيحنث، كما قالوا: قوله: ليس له عليَّ إلا مائةٌ: إقرارٌ بها، كذا أشار لما ذَكرنا السُّبْكي، ثم أوضحه الإسنوي، وأقرَّه الأذرعي، وَجَرَى البُلْقيني على مثله فيمن حَلَفَ لا يَشكُو غريمَه إلا لحاكِمِ الشرع،

ولم يَشْكُه، وأنه لا يحنثُ، قال موسى بن الزين: وذلك في مستقبلٍ قَسَميٍّ أو إنشائيٍّ لا الإخباريِّ، فقوله: والله لا يقومُ غداً إلا زيدٌ، يشملُ الحَلِف على قيامه، ومن حلف لا يأكلُ اليومَ إلا مرَّة، فأطال الأكلَ والحديثَ فيه ولو من ألوانٍ، وقام فيه وأتى بغير الأول بحيثُ لا يعدُّ معرِضاً عنه: لم يحنث، ذكروه في الرضاع عند عَدَدِهِ.

## بـاب القضاء والفتوى

يجبُ طلبُ القضاءِ وقبولُه لمن صلَح له، بلا ثانٍ في وطنه، قال زكريا: والأوجهُ وجوبُهُ في غيره إن كان ببلده كافٍ ولم تشملْها ولايتُهُ، ولا يجوزُ بعزلِ قاضٍ صالحٍ ولو دونَه؛ وتوليتُهُ للوالي ولو رئيسِ قومٍ منفردٍ برئاستهم، فإن كانوا جماعةً فلهم كلِّهم، فإن لم يكنْ رئيسٌ فلأهل الحلِّ والعقدِ هناك، كذا قاله أحمد بنُ عُجيل.

وشرطُ القاضي: الذكورةُ، والكَمَال، والاجتهاد في العلم فيما تولَّاه، فإن ولِّي مقلِّد ـ مع عدمه ـ: جاز، وكذا فاسقٌ ولَّاه ذو شوكة، قال البُلْقيني: وكذا عبدٌ وامرأة وأعمى فيما ينضبطُ له، وقال الأذرعيُّ وغيره: الظاهر أنه لا ينفذُ من الكافر، وكذا المرأةُ بالشوكة، قال البلقيني: وحيثُ نفَّذناه فمات من ولَّاه أو انعزل: انعزل هو، ويردُّ منه ما أخذه على قضائه، أو لنظرِ وقفٍ ونحوه، قال زكريا: وفيه وَقْفة. أقول: وينبغي تقييدُهُ في المقلِّد: بوجودِ مجتهدٍ صالحٍ، وبه جزم موسى بن الزين، وفي الكلِّ: بما إذا رُجي اعتدالُ الحال على يدِ من ولِّي بعدُ، وإلا فبقاؤه أسلمُ للناس، لأن الداعيَ إليه الضرورةُ، فتُرَاعى.

### ١١٩١ ـ مسألـة

ينعزِل القاضي: بفِسْقِهِ، ويقيَّد بحالِ الساعة، وبجنونه، وبإغمائه،

وَجَزَم الماوردي بعدمه فيه، واختاره الرُّوْياني ثم الزَّرْكشي، وبِعَمَاه، قال البُلْقيني: إلا في قضيةٍ ثبتتْ عنده، ولا يُحتاجُ لإشارةٍ، وبقيَ الحكْم: فلا ينعزلُ فيه إذ لا حاجةَ للبصر، وبعَزْلِ الإمامِ لكنْ بعد بلوغه خَبَرَه، قال البُلْقيني: وكذا نُوَّابُه لا ينعزلون حتى يبلغَهم خبرُهُ وإن عَلِم هو قبلُ، ولهم جامكيَّةٌ[1] ما يليهم، فتبقَى ولايتُهُ مستمرَّةً بهم حكماً يستحقُّ جامكيَّتَه فيها، فإن بَلَغَهم قبلَه فالقياسُ بقاؤهم كَهُوَ، قال الأذرعي: وولايةُ الأيتامِ، والوقفِ مثلُه، وفي كلام الرافعي مثلُهُ، فيؤخَذُ منه: أنهم لا ينعزِلون إلا ببلوغِ الخبر، قاله أبو مخرمة، ولا ينعزل بموتِ من ولَّاه وانعزالِه، ولا بانعزالِهما نائبٌ في عامٍّ: كعقودِ الأنكحة، وما يدومُ: كناظِرِ يتيمٍ ووقفٍ، إلا إذا قال الواقف: النظرُ لقاضي المسلمين نصّاً، فحيث انعزلَ انتقلَ لمن يَلي، لشرطِ الواقف، وينعزِلُ مَنْ أنابَه، قال الأذرعي، وإذا انعزلَ لم يُقْبل قولُه فيما جَرَى عنده إلا بطريقِ الشهادةِ على إقرارٍ ونحوه مما لا يُنْسَب إليه، قال البُلْقيني: وكذا قوله: حكمتُ بكذا إنِ انعزلَ بالعمى إذْ لا يُحتاج لإبصارٍ، فإن شهد بحكمِ قاضٍ صالحٍ ولم يعيِّنه: قُبِل إنْ لم يعلمْ المشهودُ عنده أنه هو؛ وقولُ القاضي في محلِّ وِلايته: حكمتُ بكذا، مقبولٌ ولو بطلاقِ نساءِ القرية، إن لم يَحكُمِ الحسُّ بكَذِبه ـ كمدينةٍ ـ وكان مجتهداً ولو في مذهب إمامه، أما من غيرِهِ ففيه وَقْفةٌ، قاله الأذرعيُّ، قال: وقد أفتيتُ أن من سُئِل من قُضاة العصر عن مستَنده: أنه يجبُ عليه بيانُه، لأنه قد يظنُّ ما ليس بحجةٍ حجةً كثيراً.

---

(١) أي: الراتب المعيَّن للموظفين.

## ١١٩٢ - مسألة

لا بدَّ من تعيين ما تَوَلَّى عليه، قال أبو مَخْرمة: إلا أن لا يَملكَ الوالي إلا بلدَه، فمطَلقُه يُحْمل عليها على الظاهر، فإن قيل: في بلد كذا: تَبِعه أعمالُه إنْ ذُكِرت أو اطَّردَ به عُرفٌ بحسبه، وإلا فلا، ويجوز تقييدُهُ بموضعٍ منه، وبمدَّةٍ كَسَنة، وبجنسٍ كالرجال أو النساء، وكذا في معيَّنٍ كالمعاملات، قياساً، فإن قال: في بلدِ كذا وما يُقاربُه: وقع على ما دونَ مسافةِ القصر منه، إلا ما دلَّ قرينةٌ على عدم إرادته، والاحتياطُ سؤال الناصب عن مراده، قاله زكريا، ويَستفيدُ بتوليةِ القضاءِ العامِّ كلَّ الوِلاياتِ وأمورِ الناس، حتى الزكاةَ وتوليةِ الحِسْبة إن لم يُفْرِد لهما الإمامُ غيرَه، إلا أنه لا يَسْتَخْلِفُ إلا فيما عَجَزَ عنه لمرضٍ أو غيبةٍ أو اتِّساعِ جهةٍ، أو أُذِنَ له؛ ومن ألفاظ التولية: ولَّيتُك القضاء، أو استخلفتُك فيه، أو اعتمدتُ عليك فيه، وكذا: احكُمْ بين الناس، وفي اقتضائه غيرَه كوِلايةِ المساجِدِ والأوقافِ نَظَر، إذْ لا يدلُّ اللفظ عليه، وفي إطلاق بعضهم ما يؤخذُ منه اقتضاءُ كلِّ ذلك: كولَّيتُك القضاء، وَلْيُنْظَرْ في كل ذلك.

ولا يقضي ولا يتصرَّفُ بالقضاء في غيرِ محلِّ وِلايته، ولا يُنِيبُ، ولا يُقْبل قولُه بما يقبل فيها؛ ويسنُّ إذْنُ مولِّيه له في الاستخلاف، ثم إنِ استخلَفَ عن نفسه انعزلَ خليفتُهُ بانعـزاله، أو عن السلطان: فـلا، ولا يُشترطُ قبولُ التوليةِ لفظاً، ويَكفي الفعلُ كالوكالة، كما يُؤخذ من كلام الشيخين، وإن جَزَما أولاً باشتراطه، وهو أحوطُ، ويجوزُ للسلطان أن يفوِّض لغيره ولو غيرَ أهلٍ أن يولِّي قاضياً، ولا يجوزُ تولية قاضٍ حتى يَعلم تأهُّلَه ولو بإخبارِ من يُعتمد أو بشهرةٍ تامةٍ، وإلا فلا يصحُّ، وإن وافق، قال الأذرعيُّ وغيره: ويجوز لمن يولِّي أن يولِّي شاهداً عَلِمَ دينَه وتمامَ علمِه في قضيةٍ ليحكم فيها بعلمه، كما أفتى به المُزَجَّد، وأشار

إليه بعضُ شيوخنا، وينبغي وجوبُ توليةِ الأفضلِ في هذه الأزمنة، أي: إنِ اتفق، وإن جوَّزْنا ولايةَ المفضولِ، لِفَقْد الاجتهاد اليوم.

## ١١٩٣ ـ مسألة

يجوزُ للخصمينِ أن يحكِّما مَنْ يَفصِل بينهما حيثُ يجوزُ قضاؤه ولو مع وجودِ القاضي ثَمَّ، ولو في لِعانٍ وقذفٍ، ولا يتولَّى حدَّه، وفي تزويجٍ مَنْ لا وليَّ لها، قال في «الروضة»: مع عدم القاضي، ورجَّح الإسنوي جوازَه مع وجوده، وتَبِعه زكريا والمُزَجَّد، وذلك في الصالح للقضاء، فإن فُقِد فلا بدَّ من القاضي، فإن لم يكن: جاز أن تُولِّيَ أمرَها عَدْلاً، على ما اختاره النوويُّ وغيره، وتَبِعوه، كما سبق في النكاح، ولا يَحْبِسُ المحكَّم ولا يَقْتَصُّ، ولا يَحْكُم بعلمه، ويُمضي حكمَه غيرُه كالقاضي، ويَقْبل قولَه فيه وفي الإثبات، لا بعد مفارقة مجلسِه، ولذلك لا يَعْتَمِد كتابَه بذلك للعمل به، كما في «العباب» أو نحوه، أي: فتنفيذُهُ أمرٌ مستنِدٌ إليه للبيِّنة به بعد دعوى مستأنفَةٍ، ولا بدَّ من رضا الخصمين حتى يحكُم، لا بعده، فيبطُل إن رَجَعَ أحدهما قبلُ، ولو قد شهد الشاهدان، ويعتبرُ رضا وليٍّ سفيهٍ وسيدٍ مأذونٍ.

ويُراعي الوليُّ مصلحةَ محجورِهِ، فلا يُحَكِّمُ مَنْ مذهبه يُضِرُّ به، وكذا المفلِس فيما يضرُّ لا بدَّ من رضا غُرَمائه، قاله البُلْقيني، ولا بدَّ من رضا عاقلةِ الجاني معه فيما يَلْزم، قال أبو شُكَيل: وتحكيمُ الزوجين معاً في التزويج، وهو ظاهر عبارة «الروضة» وغيرها، وعبَّر القَمُوليُّ بتحكيمها، فأَفهمَ الاكتفاءَ به، قال الفتى: وهو كذلك، وفي «تحريرِ أبي زرعة في حكايةِ يونسَ للنصِّ ما يَقْتضي الاكتفاءُ بها، قاله المُزَجَّد، قالوا: ويكفي سكوتُ البِكْر إذا استُؤْذِنتْ في حقِّها، وقيَّده بعضُهم في

المهر بما إذا كـان مهرَ المثل، ويجوزُ تحكيمُ اثنين، فلا يقضيان إلا بما رأياه معاً، ولا يَكْفي أحدُهما.

## فصـــل في الفتوى

يحرمُ الاجتراء عليها، إلا في قطعيٍّ، أو باجتهادٍ، أو علمِ متَبَحِّرٍ بمذهب إمامٍ عُرفَتْ فتواه به، أو عيَّنه بما نُصَّ[1]، أو قَاسَه على أصوله مع تأهُّله، وحيثُ أفتى باجتهادٍ ثم حصلتْ مثلُها وجبَ الاجتهادُ لها إلا أن يذكُر دليلَ الأول واستَصْوَبَه، وكذا يجبُ على السائلِ السؤالُ إنْ تجدَّدَتْ له وهي مما لم تتكرَّر، إلا أن يَعْلَم جَرَيان الأُولى عن دليلٍ جليٍّ، أو يموتَ مفتيها، وصحَّح في موضعٍ من «المجموع» عدمَ وجوبه مطلَقاً إذا لم يَعْلَم تغيُّر اجتهاده، وحيثُ تغيَّر قبلَ العملِ به وجبَ الرجوعُ للثاني وإعلامُ السائل ليتركَه، وكذا إن كان في نكاحٍ بعده احتياطاً للبُضْع، لا في غيره، إلا أن يتغيَّر بنصٍّ أو قياسٍ جليٍّ، وكذا يجوزُ للسائلِ إذا اختلفَ عليه مُفْتيانِ أن يعملَ بأيِّهما شاء، فإذا عَمِل به تعيَّن في حقِّه في تلك المسألة وما انْبَنَى عليها، قال السَّمهودي: ويجوزُ تقليدُ غيرِهِ في أخرى يتجدَّد مثلها وإن خالف الحكمَ الأولَ إذا قلد الثاني ولم يَقْصِدْ تَتَبُّعَ الرُّخْصَة، أما إذا تعلَّق كلٌّ بالآخرَ فلا يجوزُ، كمن مسحَ في وُضوئه بعضَ رأسِهِ، تقليداً للشافعي، ثم صلَّى مع بولِ ما يُؤْكَلُ، لأن مالكاً يقول بطهارته، فصلاته باطلة عنده، لأنه لم يمسحْ على الرأس كلِّه، وعند الشافعيِّ لنجاسةِ البول؛ ومثلُ مَنْ تـرك دَلْكَ الأعضـاءِ،

---

(١) أي: عيَّنه الإمام للإفتاء بما نُصَّ عليه، فلا يجوز له أن يخرِّج المسائل الجديدة على القديمةِ المنصوصِ عليها حينئذٍ، إذ تخريج المسائل الجديدة على القديمة شأن الصورة التي تليها.

وهو واجب عند مالك. تقليداً للشافعي، ومسَّ البولَ تقليداً لمالك، فقد اتفق الإمامان على بُطْلانها.

وينبغي الأخذُ بالأَعْلَمِ الأورعِ، فإنِ اختلفا فالأعلمُ، وأوجَبَه قومٌ، واختاره ابن الصلاح، كالغزالي، ومال في «الروضة» إلى اختياره لا مذهباً، ولا يُقْبَلُ إلا من ثقةٍ ظاهرٍ ولو امرأةً تَعْلَم علمَه ولو باستفاضة، ولا يلزمُ التَّمَذْهُبُ بمذهبٍ معيَّن على الأصح في المذهب: أن العاميَّ لا مذهبَ له، ولا يجوزُ تتبُّعُ الرُّخَص، ولا تنبيهُ المفتي على الحِيَل المجربة[1]، بخلاف المُخَلِّصةِ من حنْثٍ ونحوه، ومَنْ تَتَبَّعَ الرُّخَص من المذاهِبِ المدوَّنةِ ففي فِسْقه وَجهان، أوجهُهُما: لا، قاله زكريا وغيره، أو غيرِ المدوَّنةِ اليومَ فَسَقَ قطعاً، وشدَّد الغزاليُّ ثم النوويُّ النكيرَ فيهما، وأفتى الأئمة: إسماعيلُ بن محمد الحضرمي، وأحمد بن عُجيل، ويوسفُ بن أبي الخلِّ بجواز تقليدِ الشافعيِّ في العمل مَنْ شاء من الأئمة: كأبي حنيفة وأبي ثور، وأنه لا إثْم عليه، قال بعضهم: وهذا سرٌّ من أسرار الله تعالى لا ينبغي أن يُظْهَر إلا عند مَسِيس الحاجة. انتهى.

وعن عز الدين بن عبد السلام ما يؤكِّدُهُ فيما لم يُخالِفْ نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً، وكذا في مقلِّدي غيره، وكذا في اختلاف أئمة المَذْهب، قال: وكذا قَوْلَا إمامٍ وإن رُجِّح خلافُه، ونقل القَرافيُّ المالكيُّ الإجماع على تخيير المقلِّد في قولَيْ إمامه إنْ لم يظهرْ ترجيحُ أحدِهما، قال السبكي: ومقتضى مذهبنا منعُه في القضاءِ والحكمِ والعملِ حتى يترجَّح له أحدُهما، وجوازُه في العمل بأحدِ وجهين لقائلين بنفسه، قال السَّمهودي: وهو المعتَمد ما لم يَتَتَبَّعِ الرُّخَص، وجوَّز السُّبْكي أيضاً اتِّباع

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: الحيل المجردة». وتمام كلامه يرجِّحها.

مذهبِ الغيرِ لحاجةٍ حاقَّةٍ[1] وضرورةٍ مرهِقة، بناءً على عدمِ لزومِ اتباعِ الأَعلم، وأفتى بأنه لا بأسَ للفقير بشراءِ النَّحْل في كُوَارَتِهِ وخارجَها بناءً على أن أكثر العلماء لا يُوجِبُ الرؤية.

ولا يلزمُ الشخصَ التَّمذهبُ بمذهب معيَّن، فإذا انتسبَ إليه معتقِداً أن الصوابَ مع صاحبِه تعيَّن في حقِّه، ويجوزُ أن ينتقلَ عنه إلى آخَرَ فيقلِّدَه ولو في بعض المسائل، كما أوضحه السَّمهودي ما لم يتتبَّعِ الرُّخَص، ونصُّ إمامِ المقلَّد في حقِّ مقلِّده كنصِّ الشارع.

ومن تجاسَر في الفتوى: قُهِر، ولا يُصَحَّح على جوابه وإن أصابَ، وإن سأله اثنانِ قَدَّم السابقَ إلا أن يظهرَ دليلُ الثاني دونَه، قاله الأذرعي، ويجبُ إنْ تعيَّن للافتاء، ويقتصرُ في الجواب على ما لا بدَّ منه، ولا بأس بذِكْر الدليل أو الإشارةِ إليه لفائدةٍ يراها، وكذا الزيادةُ فيه بما يَرى إن كان ذِكْرُه من تمام القضيَّة، ولا يُلَقِّنُ السائلَ الحِيَلَ، وحيثُ كان السؤال مجمَلاً واحتاج حكمُهُ لبيان شروطٍ أو قيدٍ: ذَكَرَها، ويُغْلِظُ على من توسَّم جُرْأته، ولا يأخذُ أجرةً، نعم إن جَعَلَ له أهلُ البلد رِزقاً، أو أُهْدِي له شيءٌ: جاز، وكذا أُجرةُ كتابة، والأَولى كونُها أجرةَ مثلِ غيرِهِ لو كَتَبه فقط.

وينبغي أن لا يُفْتِيَ في حالِ ضيقِ نَفْسِهِ أو شُغْلِهِ بما يَهُمُّه، ويسألُ اللّهَ الهدايةَ قبله، ويبدأ جوابَه بالحمدِ لله، والصلاةِ على النبي ﷺ، ويختمُ كتابَه بقوله: والله أعلم، فإن تركهما السائلُ في السؤال ألحقَهما هو فيه، وكذا الدعاءُ للمفتي ـ للعادة بذكره ـ ويكْتُبُ الجوابَ في ورقته لا أولَها، فإن ضاقتْ أَلْصَقَ بها ورقةَ الجواب يَصِلُه بآخِرِ السؤالِ ولو في

---

(١) في «المصباح»: «حقَّت الحاجة: إذا نزلت واشتدت».

نَفْس الإلصاق، وحيثُ كانتِ المسألةُ خلافيةً فالفتوى بما وَضَح دليلُه، وإلا فَبِما رجَّحه الأكثر، وقد صار العملُ في مذهبنا اليوم وقبله بمدَّةٍ غالباً، بما رجَّحه الشيخان الرافعي والنووي، فإن اختلفا: فالنوويُّ لأنه متعقِّبٌ ربما ظَهَر له ما خَفِيَ عن الأول.

## ١١٩٤ ـ مسألة

العملُ بما اتَّفق عليه العلماءُ، والخروجُ عن خلافهم مطلوبٌ، وقد لا يَتَّفقُ، وقد لا يُراعى لوهْنِ مَدْرَكه، أو لكونه مُسْقِطاً لفضيلة، وبيانُ ذلك ما ذكره الإمام الرَّيْمي وغيره عن «قواعد عز الدين بن عبد السلام الكبرى» في منتصفِها من فصلٍ: تنويعُ العبادةِ مع زيادةٍ من غيرِهِ أنه أقسام:

**أحدها**: الاختلافُ في جوازِ شيءٍ وتحريمِهِ، فتركُهُ أفضلُ.

**الثاني**: في وجوبِهِ وندبِهِ، ففعلُهُ أفضل.

**الثالث**: في مشروعيةِ فعله وتركِه، ففعلُهُ أولى، كبَسْمَلةِ الفاتحة فإنها واجبةٌ عند الشافعي، ومكروهةٌ عند مالك ـ أي: في الفرض ـ، وقد اختار جمعٌ من أصحابه الإتيانَ بها خروجاً من المحذور، وكذا رفعُ اليدين في التكبيرات، وصلاةِ الكسوف بالهيئة المعروفة سنةٌ عند الشافعي وغيرِهِ، لصحة أحاديثها، ولم يَرَهُما أبو حنيفة، فالسنةُ مخالفتُهُ. انتهى.

وكذا إذا وقع الخلافُ في مذهبنا مع مذهب الغير، ولم يمكنْ جمعُهما فمراعاةُ خلافِ مذهبِنا إذا لم يُسْقِطْ دليلَه أولى وذلك كصلاةِ العصر، فإن الإصطخريَّ منا يَرَى خروجَ وقتها بمصير الظلِّ مثلين، وأبا حنيفة يراه أولَ وقتها؛ وإذا اختلف مذهبُ الغيرِ راعيْنا أولويَّةَ الدليل فيهما، وذلك كالقَصْر في ثلاثِ مراحلَ: أوجَبَه أبو حنيفة، فرأينا

أفضليتَه، ومنعَه أحمد للملَّاح ومُدِيم السفر، فرأينا له أفضليةَ تركِهِ، لأنه الأصل، قال الرَّيْمي: وحيثُ قُلْنا هنا: إنه أفضلُ، فمخالفتُهُ مكروهةٌ، كما نقله الماوردي في تزويجه بنتَ زناه عن القاضي أبي حامد عن الشافعي: أنه كرهَ القصرَ في دونِ ثلاثِ مراحلَ، وجزم به في الرِّضاع، أقولُ: وفي إطلاقه نَظَرٌ، وحيثُ صحَّ في السنة أَمْرٌ، وَرَأَى الخَصْمُ مخالفتَه بقياسٍ خفيٍّ: فلا نَظَرَ إليه، وذلك كحِلِّ لحوم الخيل، والجنينِ بذكاةِ أمِّه، والضبِّ، ذكره الغزالي في «الإحياء» أوما يَقْرُب منه، وكذا النووي وغيره.

## ١١٩٥ ـ مسألة

للقاضي أن يَزِنَ على أحدِ الخصمين ما لزمه، وأن يَشْفَعَ له في الحطِّ ونحوه، قال الأذرعي: وفي قوله: عليَّ ضمانُه ـ مثلاً ـ: نَظَرٌ، لاتِّهامه بالمدافعة، وينبغي أن لا يَشْفَعَ إلا مع ظنِّ القبولِ، لا مع عدمه: كأنْ يحلِفَ الخصمُ أن لا يَفْعَلَ، أو مع حَنَقه[1]، أو شدَّةِ حاجتِهِ، فإن ظنَّ قبولَه حياءً منه أو خوفاً، لا عن طِيْبِ نفسٍ: ففي جوازه نظرٌ. انتهى.

ولا يُضَيِّفُ أحدَهما فقط، قال في «العباب» إلا لقرابةٍ أو جِوارٍ ونحوه، ولا يحضُر وليمتهمَا أو أحدِهما حالَ الخصومة ولو خارجَ ولايته، وتسنُّ له إجابةُ غيرِهما إن عمَّ أو خصَّ من اعتاد، لا ما خُصِّصَ به أو للأغنياء، أو قَطَعه عن الحكم، ويعودُ المريضَ، ويزورُ القادمَ ولو متخاصميْن، ويشهدُ الجنائزَ لأن أظهرَ مقاصدِها القُرْبة، وتتأكَّد له مراعاةُ التسويةِ حيثُ اجتمعا في شيء، وإذا سَبَقَ إليه مدَّعٍ قبل مدَّعٍ آخرَ: قَدَّم الأول، لكنْ

---

(١) أي: غضبه.

بخصومة واحدة بعد اجتماعهما، ولا يَحسِبُ عليه ما شرع قبلَ مجيءِ الثاني، قاله أبو حَميش.

وَتَحْرُمَ عليه الرِّشوة وهو: المأخوذُ لدَفْعِ حقٍّ، أو لامتناعٍ من الحكم به، أو الحكم بغيره، وكذا المأخوذُ في الحكم به لمن له رزقٌ من بيت المال، أو تعيَّن للقضاء ولا أجرةَ لمثلِ عملِهِ، وإلا فله طَلَبُها، أو طَلَبُ رزقٍ من الخصمين ليحكمَ بينهما، كما قاله جماعاتٌ منهم: الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، والجُرْجاني والرُّوْيَاني، والقاضي أبو الطيب، وقرَّره الشيخان، وجزم به ابن المُقْرِي في «روضه»، قال زكريا: وهو الأقرب، ومَنَعَ ذلك سُريج في «روضته» وضعَّف الأولَ، وتَبِعه السُّبْكي ثم الزَّرْكشي، قال زكريا: وهو الأحوطُ، وجزم في «العُبَاب» بالأول، وقال: بشرطِ فَقْرِه وانقطاعِهِ عن كَسْبه، وأن يكونَ من الخصمين معاً، ومعلوماً لهما قبل التحاكم، وإذْنِ الإمام وعَجْزِهِ عن رَزْقه، وفَقْدِ متطوِّعٍ بالقضاء؛ وتسويتِهِ بين الخصوم فيما يأخذه بقَدْرِ نَظَره فيهم وشهرته، وأنْ لا يجاوزَ حاجَتَه ولا يُضِرَّ بهم، وكلُّ ذلك مصرَّح به في المذهب لكنْ مفرَّقاً، وكذا في «الأَسْنى» تخصيصُه بالحاجة، لكلام من عمَّ في باب أدب القضاء، وأفتى موسى بن الزَّين بأنه لا يأخُذ من الزَكَوَات التي هي إليه وإنِ احتاجَ، إلا أن يَسْتَدينَ في إصلاحٍ أو غـزَا متطوِّعـاً، أو كـان من المؤلَّفـة ـ لا بضَعْفِ الإسلام إذْ ضعيفُه لا يصحُّ قاضياً.

أقول: فإن لم يكنْ له رزقٌ واحتاجَ فَنَصَبَ السلطانُ ـ لا هو ـ مَنْ يُعْطيه منها بالحاجة: فالظاهرُ جوازُه، فإن كان الدافعُ لا يَصِلُ إلى حقِّه إلا ببذلٍ: جاز له ويأثم الآخِذُ فقط، وإلا أَثِما، ورسولُ كلٍّ كمُرْسِلِه، ويحرمُ قبولُه هديةَ مَنْ يختصمُ عنده ولو في غيرِ محلِّ وِلايته وإن اعتادها منه، وكذا غيرُه في محلِّ ولايته ممن لا يعتاده، أو بزائدٍ على عادته لا في

غيرِ محلِّها، فإنْ كان المُرْسِلُ خارجَها دونه: قال الماوردي: ففيها وجهان، وجزم في «العُبَاب» بجوازه، فإنْ زاد فيها وهو من جنسِ المألوفِ: فأطلق الشيخان المنعَ، ونقل الرُّوْياني جوازَه، ومنعَه في «الذخائر» فيما لا يتميَّز كلُّه، وإلا ففي قَدْر الزائد، وجزم به في «العُباب»، فإن زاد في المعتاد: فالأوجهُ حرمتُه كلِّه، قال زكريا: واستثنى الأذرعيُّ هديةَ أبعاضِه فجوَّزها إذْ لا يَحْكُمْ لهم، وقد يتوقَّفُ فيه إذ يمنعُهُ من الحكم عليهم، قال زكريا: والضيافةُ ـ أي: الخاصة ـ والهبةُ كالهدية، وظاهرٌ أن الصدقةَ كذلك.

لكن قال تقيُّ الدين السبْكي في «الحَلَبيات»: يجوز له أخذُها ممن ليستْ له عادةٌ، لأنها تقع أولاً في يد الله تعالى، واحتَمَلَ في «تفسيره» منعها، قال: فإن لم يَعْلَم أحدُهما الآخَرَ فلا شكَّ في الحِلِّ، ولا بأس بأن يتوسَّم منه الإخلاصَ في غيره فيحلُّ، أو يشكَّ فيه فلا، قال: وإذا شَرَطَ واقفٌ تدريسَ مدرسةٍ للقاضي بمعلومٍ فتحتملُ صحتُه كذلك، إذ ليس معيَّناً، أو بطلانُ الشرط فقط، أو صحتُهُ إن طلب القاضي أن يدرِّسَ بلا معلومٍ، أي: لظهور عدمِ الطمعِ، قال: ولا شكَّ في الصحةِ من غير أهلِ وِلايته، أو بعد موتِ الواقف، أما الوقفُ عليه فإنْ شَرَطْنا قبولَه فكالهدية، وإلا فتنبغي صحتُهُ كإبرائه من الدَّين، فيبعُدُ إبطالُهُ، بل يصحُّ، وعلى القاضي الاجتهادُ في عدمِ الميل. انتهى، قال الأذرعيُّ: وفي صحةِ الوقفِ عليه من غيرِ والدِهِ، أو ولدِهِ: نَظَرٌ، واستعارتُه للانتفاعِ ممن لم تَجْرِ عادتُهُ بالاستعارة منه، الظاهر أنها كالأعيان، نعم له استعارةُ كُتُبِ العلم، ويتأكَّد التحرُّزُ حالَ المحاكمة، انتهى.

قال تاج الدين السبْكي: ويظهرُ أن خِلَع الملوك ليست كالهدية، إذ لا يُقْصدُ استمالةُ قلبِ القاضي بها، لكنْ بشرطِ أن: لا يتغيَّر قلبُهُ بها في

التصميم على الحقِّ، وأن يَعتادَ الملكُ ذلك مع منْ هو في منصبه، وحيثُ مَنَعْنا الأخذَ: لم يُمْلَكْ به، وهو باقٍ لمن هو له أولاً، فيجبُ ردُّه، ومثلُه ما أَخَذَه شافعٌ في محرَّمٍ أو مباحٍ بشرطه، أو قال له الدافع: هو أجرةُ شفاعتِك، وإلا كُرِه إن لم يُكافِئْه ولم يَعْهَده منه، وما دُفع لوالي خَراجٍ في محلِّ عملِه قبلَ قبضه ـ وكذا بعده ـ: إن لم يُكافىء به أو كانت لسببٍ واجب، وتَحِلُّ بلا سببٍ إن كافاه، وإلا ففي بقية أحوالها تردُّدات، وحيثُ حلَّتْ فالأَوْلى الإثابةُ عليها، أو ردُّها، وهل للقاضي خَصُّ أحدٍ بالإهداء؟ وجهان، قال السبكيُّ: ولا يَلْتحقُ بالقضاةِ المفتي والواعظُ ومعلِّمُ القرآنِ والعلمِ، لأنهم ليس لهم أهليةُ الإلزام، قال: وسائرُ العُمَّال[1] في الهدايا كالقاضي، لكنْ حكمُهُ أَغْلَظُ؛ وهديةُ السلطانِ من مثلِهِ هل تكونُ له أو لبيت المال؟ فيه وجهان، صحَّح بعضهم الثاني، وإذا وقعتْ قضيةٌ كبيرة اخْتَلَطَ أمرُها، وبيدِ أحدٍ مسطورٌ ببيِّنة كُلِّف إحضارَه. قاله أبو حَمِيش.

## ١١٩٦ ـ مسألة

للقاضي أن ينظُر في أولياء الأيتام والأوقاف بإيصاءٍ، وبشرطِ واقفٍ أَوْ لاَ: فمن فَسَقَ رَفَعَه، أو ضَعُف أعانه، ويحاسِبُ من اتَّهمه، وله عزلُ مَن وِلايتُهُ من قاضٍ، وتعويضُه وإن لم يختلَّ، وفي اللُّقَطة حيثُ لا يجوزُ تملُّكُها، أو لا يريدُهُ اللاقطُ، والضوالِّ فيحفظُها مفردةً، وله خَلْطُها بمثلها من بيتِ المالِ، كما صرَّحا به في اللُّقطة، وعمَّ غيرُهما، وَخَصَّص الأذرعيُّ جوازَه للحاجةِ أو مصلحةِ المالك، ثم إذا ظهر غَرِم له من بيت المال، وله بيعُها وحفظُ ثمنها.

---

(١) جُبَاة الزكوات، والولاة على الأمصار.

## فصــل

الأصلُ في المحاكمات أن يأتيَ المُتَداعِيان القاضيَ، فيدَّعي المدَّعِي ما ادَّعاه، بشرطِ الدعوى في وجهِ الآخرَ، فيقرُّ، أو يُنْكِرُ، أو يَسْكُت، فإن أقرَّ: تمَّتْ وثبتَ المدَّعَى، وإن أنكر: فإن شاء المدَّعي: حلَّفه، فإن جَهِل ذلك: أَعْلَمَه القاضي أنَّ له ذلك، وإن شاءَ أَتَى ببينةٍ ولو بعد حَلِفِه ـ على ما يأتي في صفتها ـ وثبت المدَّعي، وإن سكت: قال له القاضي: إن أشأ[1] أَجِبْه، فإن لم يُجِبْ: فكما لو أنكر، فله تحليفُهُ وإقامةُ البينة، فإن حَلَـف ولا أقام بينةً تُخالِفه: بَطَلَت الدعوى، وإن لم يَحلِفْ في الحاليْن: حَلَفَ المدَّعي بأمر القاضي إنْ صرَّح المدَّعَى عليه بالامتناع من اليمين، أو أصرَّ على السكوت، ويثبُتُ الحقُّ بـذلك أيضـاً، فتكونُ الحُجَجُ المُثْبِتة: الإقرار، أو الشهادة، أو يمين الردِّ.

ومثلُ ذلك: لو علم القاضي ذلك فيحكم بعلمه، إلا أن يكون فاسقاً أو جاهلاً، كما نبَّه عليه الأذرعيُّ وغيره وأطبَقَ عليه جَمْعٌ متأخرون، قال القاضي ابن عَبْسِين: نعم إن كان مخالفةُ عِلْمِه يُوقع في محذورٍ ظاهرٍ كاستخدام من عَلِم عتقَه: فعليه المنعُ منه إزالةً للمنكر، يعني: ولا يحكمُ بعتقه لعلْمِهِ، ولا يصحُّ شيءٌ من ذلك إلا في وجهِ المدَّعَى عليـه، أو وليِّه، أو أحدِ ورثَتِهِ إن مات، أو أحدِ الموقوفِ عليهم كما يأتي، وحيثُ وَقَعَ الإقرار من بعض المدَّعَى عليهم ثَبَتَ في حقِّه، ووقع للإمامين ابنِ عُجَيل وأبي شُكَيل وغيرِهما من أهل اليمن: أنه لا يُشترطُ الحضورُ في ذلك أو بعضه، وليس بمعتَمد، قال أبو مخرمة: ويتَّجه في الدعوى على ميتٍ عدمُ اشتراطِ حضورِ وارثِهِ إن كان دَيْناً، واشتراطُهُ في العين،

---

(١) كذا، والظاهر أنها: إن تَشَأْ.

فالقلبُ يميلُ لترجيحه، يعني: مع بيِّنةٍ بالمدَّعَى لا اليمين.

ثم إذا ثبت الحقُّ بحجةٍ أو علْمِ القاضي فللمدَّعي أن يطلبَه الحكمَ به، وله أن يطلبَه الإشهادَ بما ثبتَ عنده وإلزامَ الخصمِ الخروجَ مما لزمَه بإقرارِه، أو الحكمِ بغيره؛ وحيثُ ثبتَ الحقُّ ببينةٍ ثم أقرَّ الخصمُ قُبَيل الحكمِ ثبتَ بالإقرار، لا بها، فيلزمُ به ويَحكمُ به إن طَلَب، ويلزم القاضيَ إجابتُهُ وأمرُه المدَّعَى عليه بمقتضاه؛ وقولُهُ: ألزمتُهُ إياه: حكمٌ، ولا بدَّ من حضوره، ولا يَحكمُ قبل الطلب إلا أن يكونَ لمن لا يُعبِّر عن نفسه كصبيٍّ هو وليُّه، قاله الأذرعيُّ وزكريا والمُزَجَّد حيث جوَّزناه له، على ما يأتي، فيقول في الحكم: حكمتُ بذلك، أو: قضيتُ به، ويعيِّن فيه المحكومَ له وعليه؛ وينبغي أن يبيِّن الحجةَ المحكومَ بها، وإن كان بعلمه بيَّنه وجوباً، ويندبُ أن يكتبَ له محضَراً بما جَرَى إن طَلَبَه ويشرحَ فيه الحال، وأن يخيِّر الخصمَ قبلَ ثبوتِ الحقِّ ويتلطَّفَ له لِيَخْرج عنه بلا إلزام، أو يُظهِرَ دافعاً إن كان.

ولا يحكمُ قاضٍ لنفسِهِ، وبعضِه، ولو على بعضٍ آخر، وبمشتَرَكٍ لهما مع غيرهما، ولا لرقيقهما، ولا عدوِّهما، ويحكمُ لصبيٍّ وليُّه بعموم القضاء، وهل يحكمُ لموصىً به إليه؟ قال القفَّال: نعم كسائر الأيتام، وصحَّحه الغزالي والشيخان، قال ابن أبي الدَّم: وبه العملُ، وصحَّحه شُرَيح الرُّوْياني، ومَنَعه ابن الحداد، وصوَّبه القاضي أبو الطيب، وصحَّحه الجمهور كما قال الزَّركشي، وهو مقتضى النصِّ، وجزم به في «العباب»، قال الأذرعيُّ: والظاهرُ منعُه لمدرسةٍ هو مدرِّسُها، ووقفٍ نَظَرُهُ له قبلَ الوِلاية، إذْ هو الخصم، إلا أن يكون متبرِّعاً فكالوصيِّ، ويَحكمُ له ولهؤلاء خليفتُه أو قاضٍ آخر، وله الحكمُ على كلٍّ ولو على نفسه، وهو حُكْم على الأوجه لزكريا من وجهين، والثاني: إقرارٌ لا سماعُ بيِّنةٍ

تُرفَع عن أحدهم، ولا الحكمُ بشهادته إلا بتزكيةِ غيرِهِ، ولا بطلاقِ أمهِ وبنتِهِ إلا حُسْبَةً، وله تنفيذُ حكمِ بعضِهِ، والشهادةُ على شهادته، وإذا امتنع الخصمُ بعد الحكم من الخروج عما لزمه وهو قادرٌ: قام به القاضي من ماله، كما سَبَق في الحَجْر، فإن أفلَسَ انتظرَ يسارَه، أو غابَ مع ماله: كَتَبَ بما جرى إلى حاكِمِ بلده، وللمحكومِ له أو وكيلِهِ المَسِيرُ إليه وإثباتُهُ وإن لم يكتب له، وللمدَّعَى عليه إذا حلَّفه القاضي طلبُهُ أن يُشْهِد بذلك، وعليه إجابتُهُ لئلا يعودَ له الخصم، بل لو قال المدَّعي عند الإحلاف: اتركِ اليمينَ ـ ليُعْرِضَ عما يدَّعي ـ فللمدَّعَى عليه الامتناعُ وطلبُ الحلف إلا أن يُقِر له ببراءته، لئلا يعودَ لطلبه مرةً أخرى، ويقاسُ بذلك: من أراد أن يَحْلِف يمينَ الردِّ[1] فقال الناكلُ: خُذْ ما ادَّعيتَ ولا تَحْلِف ـ ولم يصرِّح بالإقرار به ـ: فله أن يَحْلِفَ ليأخذَ بطريق الاستحقاق. قاله الطَّنْبَدَاوي.

## تنبيـــه

هذا هو الأصل في الباب، وقد تَعْرِضُ أُمورٌ لا تحتاجُ إقامةُ البيِّنة فيها لتقدُّمِ دَعوَى، وأمورٌ لا يُشترطُ فيها جوابٌ من الخصم أو حضورُه، وأمورٌ لا ترتدُّ فيها اليمين، وأمورٌ لا تكفي فيها البيِّنةُ إلا بيمين زائدة، وأمورٌ يمتنعُ الحكمُ بالحجة، سنشرحُ من كلٍّ ما يُضطرُّ له، ونقدِّم على ذلك أموراً تتعلَّق بالدعوى.

---

(١) إذا امتنع المدَّعَى عليه عن اليمين ـ ومعلوم أنه هو المنكر ـ رُدَّت على المدعي ـ أي طُلبت منه ـ فيحلف ويستحق الحكم بها.

## ١١٩٧ - مسألة

إذا كان قاضيان، فاختلفَ الخصمان في أيِّهما يختصمان عنده؟ أُجيبَ الطالب، وإذا طلبَ شخصٌ من القاضي أن يبعثَ لمن يطلُب منه المحاكمةَ إليه: أعطاه أمارةً إليه: طِيناً يختم عليه، أو كاغَداً يرسُمه برسْمه، قال زكريا: وهو المعتادُ اليومَ فهو أولى، أقول: وكان شيخنا القاضي ابن عبسين يأمرُهُ بأَخْذ قُشاشة من الأرض يذهبُ بها إليه، أمارةً من القاضي، وله أن يبعث معه شخصاً ليحضُر، ولا يجوزُ له الامتناع وإن جلَّت مرتبته إن كان في البلد، ولا يُحتاج لعلم القاضي بالمطلوب في ذلك، ومُؤْنة المبعوث على الطالب إن لم يُرْزَق من بيت المال، فإن امتنعَ الخصمُ بعد ذلك من الحضور بعثَ إليه من يُلزمه إياه، وعليه مُؤْنته، ولعلها ما عيَّنها له عند البعث، أو قدَّرها باجتهاده بعدُ، أو عُلِمت عرفاً، ويثبتُ امتناعه بشهادة ظاهرَيِ العدالة، أو إخبارِ المبعوث له إن كان ثقةً، وله تأديبُهُ إن رآه، فإن امتنع بتَوارٍ، أو غلبةٍ، أو لعذر: فسيأتي في مسائل الغائب، ومن طُلِب للحكومة إلى قاضٍ بلا استعداء، قال الإمام والغزالي: لا تلزمُه الإجابة، ويجبُ أن يؤدِّي ما عَلِم لزومَه له، وقال الماورديُّ والشيرازي والعمراني: يلزمُهُ، وَنَسَبه ابن أبي الدم للعراقيين، والأولَ للمَرَاوِزَة[1]، ويمكنُ حملُه على ما إذا قال: لي عليك حقٌّ فاحضُر، وهو عالمٌ بعدمه، واللزومَ على من قال: بيني وبينك محاكمةٌ، نقله الأذرعي، كذا ذكره المُزَجَّد.

ولا يُحْضِرُ القاضي من ليس في ولايته، وكذا مَنْ فيها وهو غائبٌ وثَمَّ من ينوبُ عنه، فيكتبُ إليه ليتوسَّط بينهما، وإلا فَيُحْضِره من مسافة

(١) تقدم التنبيه إلى أنها جمع مَرْوَزي، والمَرْوَزي نسبة إلى مدينة مرو، على خلاف القياس.

العَدْوَى[1] وهي: مَنْ يَرجِع المبكِّر إليها إلى الموضعِ الذي بكَّر منه قَبْلَ الليل، وفيما فوقها وجهان، صحَّح الشيخانِ تَبَعاً للإمام: أنه لا يُحْضِره للمشقة، مع عدمِ انسدادِ القضاء عليه بـالبيِّنة، والعـراقيون وجَمْـعٌ متأخِّرون: أن له إحضارَه لاقتضاءِ المصلحة ذلك، وقد يعدُمُ المدَّعي البينة فيريدُ يمينَه أو ردَّها، وقد نقل عمرُ رضي الله عنه المغيرةَ من البصرة إلى المدينة في قضيةٍ؛ والمُخَدَّرةُ والمريضُ والخائفُ ونحوه يَبعثُ إليه من يَسمعُ قوله، فإن لم يكن وكَّلوا أو كلَّمَتْهم من وراء سِتر إن أقرَّ الخصمُ أنها هي، أو شَهِد به اثنان، ثم تَلَفَّفَتْ وخرجت، ومن وكَّل لم يكلَّفِ الحضورَ إلا لليمين، ومن احتِيج لمجيئه لتغليظها بلا مشقَّة أُحْضِر ولو مخدَّرةً.

## ١١٩٨ ـ مسألـة

للدعوى ركنان، أحدهما: علمُ المدَّعي، وقد فصَّلوه، والثاني: إلزامُ الخصمِ بالطلب بأنْ يقول: لي عليه أو عنده كذا، وأنا مطالبٌ بتسليمه، أو يَلزمُهُ لي تسليمه، أو وهو ممتنِع منه، أو: هذه الدارُ لي وهو يمنعُنيها، ونحو ذلك؛ وفي دعوى الإقرار: أقرَّ لي بكذا. وهو لي، وأنا مطالبٌ به، أو يلزمُهُ لي تسليمه، أو أنا أستحقُّه، فإن كان سفيهاً لم يقل «إليَّ» لأنه يؤدَّى لوليِّه، وتصحُّ منه الدعوى، كما صرَّحوا به في باب القَسَامة وغيرها، ولو في المال، ومن له مِلكٌ مرهونٌ يدَّعيه قال: إنه ملكي مرهونٌ بكذا يلزمُه تسليمه إذا قَبَضَه، قاله القفال في أدب القضاء،

(١) مأخوذة من استعداء المظلومِ الأميرَ على الظالم، قال ابن غارس في «مجمل اللغة» ٢ : ٦٥٢: العدوى: طلبك إلى والٍ لِيُعْدِيَك على من ظلمك. أي: يَنتقِمَ منه. ونقله في «المقاييس» ٤: ٢٥٠ عن الخليل بن أحمد، وانظر «المصباح».

ومثلُها المؤجِّر لا يمكنُ دعوى ذلك إلا بعد مضيٍّ مدَّته، ولا المبيعُ إلا بعد تسليم ثمنِهِ أو كونه مؤجَّلاً، ولا تكفي البينةُ بعد دعوى الإقـرارِ بمعلومٍ: بالإقرار بمجهول، نعم يجوزُ دعوى أنه أقرَّ لي أو أوصى لي بكذا - شيىءٍ مبهم - وأنا مطالبٌ به، وتكفي البينةُ كذلك إن أنكر، وكذا دعوى أن سيدَهما أعتق أحدَهما، وأن الزوجَ طلَّق إحدانا، ودعوى النفقة، وما يحتاج لفرض القاضي كمهر المِثْل والمُتْعة والحكومة، ويجيءُ فيه ما تقدَّم في الإقرار والوصايا وأبوابها، وكذا دعوى حقِّ المَمرِّ، وإجراءِ الماءِ في موضعٍ عيَّنه وإن لم يذكرْ أيَّ جانب منه، ويستحقُّه في كلِّه، ولا بدَّ في شهادة الشاهديْن: من طَلَب المدَّعي منه ذلك، وأن يَسمعَها القاضي إلا أن يأمرَ أو يأذنَ، بل يسنُّ استئذانه، وفي حلفِ المدَّعَى عليه: من إذنه بعد طَلَبه.

وليس للقاضي أن يلقِّن المدَّعي الدعوى، ولا الشاهدَ الشهادَةَ، أي: إنشاءَهما، وله أن يعلِّم الشاهدَ كيف تصحُّ الشهادةُ إذا عَلِم ما عنده، ثم يتلفَّظ بها منفرداً، وهل له تعليمُ المدَّعِي.. كيف تَصحُّ الدعوى فيه؟ خلافٌ، لم يرجِّح الشيخان منه شيئاً، وجزم ابن المُقْري في «روضه» بجوازه، والذي عليه الأكثرون ورجَّحه في «التنبيه» وأقرَّه النوويُّ في «تصحيحه» وقال الرُّوْياني: إنه المذهبَ مَنْعُه، وجزم به في «الأنوار»، لأن الدعوى أصلٌ بخلاف الشهادة، كذا في «الأسني»، وله استفصالُهُ عن مجمَلٍ بما يُحْتاج من بيان صفته إن جُهِل كأنْ يدَّعي قتلاً، فيسألُهُ كيف صفتُهُ، وفي الدراهم: أصحيحةٌ أم غيرها، ولو فعل ما مُنِع منه، قال الغَزِّي: فالمتَّجِهُ الاعتدادُ به.

## ١١٩٩ ـ مسألة

لا بدَّ في الشهادة أيضاً من إفادتها لمقتضَى الدعوى، فلو ادَّعى ملكَ شيءٍ فشهد الشاهدُ بيدِهِ وتصرُّفِهِ لم يكفِ، إلا أن يزيدَ تصرُّف المُلَّاك مدةً طويلةً، فقال بعضهم: يكفي، وفيه نظر؛ ولا يكفي بملكه له أمسِ إلا أن يقولَ: ولا أعلم زوالَه، بخلافِ ما لو أسنده لسببٍ كقوله: ملكه، اشتراه من زيد أمسِ، أو ورثَه من أبيه، وقولِهِ: «اشتراه من زيد وهو مِلكُه، أو وهو في يده، وكذا قولُهُ: إن أباه مات وخلَّفه ميراثاً، أو كان ملكَ أبيه إلى أن مات، وإن لم يَزِدْ، ويأثَمُ بالاقتصار إن عَلِم حدوثَ مناقضٍ، أو كان ملكه ولا علم زواله: فيكفي على الأصح، وحيثُ شهدت بالملك كَفَى ولزمَ، وإن لم يقلْ: يلزمه تسليمه، ولو قال: كان مَلَكَه ولا أعلم هل زالَ أم لا: لم يكفِ، لإشعاره بالتردُّد، وكذا الشهادةُ بيدِهِ أمسِ إلا أن يزيدَ: فأخذه هذا منه، أو قَهَرَه عليه، فَيُزالُ ويكونُ ذا يدٍ، ولو قال: أقرَّ به لزيدٍ أمسِ: كَفَتْ، وكذا قول المدَّعَى عليه في جواب الدعوى: كان ملكَكَ وزال، لا في غيره، كما مرَّ في الإقرار.

وقولُه: اشتراه من زيد وتسلَّمه منه: يكون كقوله: وهو ملكُه، إن لم يعارضْه ذو اليدِ أو غيرُه ببيِّنةٍ بالملك صريحاً، وإلا فيقدَّم عليه، كما صُرِّح به، ولو ادَّعى على شخصٍ شيئاً معيَّناً أو مقدَّراً دعوى ملزِمةً، وشهدت بينةٌ أن ذلك الشخصَ قَبَضَ ذلك منه، أو وقعتْ يدُهُ عليه: لم يكفِ حتى يتبيَّن استحقاقُ المدَّعي له، أو إثباتُ يده، أو تعدِّي القابض، كما نبَّه على معنى ذلك أبو مخرمة، وإن أوهم فتوى أبي شكيل أنها تكفي مطلقةً بعده، ولو عيَّن مدَّعي الملكِ سببَه، فشهدتْ به دونه أو عكسه: كفى، لا إن ذَكَرتْ سبباً غيرَ ما ذَكَرَ، ولو ادَّعاه فشهدتْ بإقرار المدَّعى عليه به: كَفَى، فلو ادعى قضاءَ القاضي له به ـ وهو بيد زيد ـ فشهدت بينةٌ بإقرارِ

زيدٍ: لم يكفِ لثبوته بالقضاء، ولو زادت البينةُ لم يثبتِ الزائدُ حتى يدَّعيَه ثم تشهدَ به، أو نَقَصَتْ: وقع بما شَهِدت.

## ١٢٠٠ ـ مسألـة

إذا كان الدعوى لجماعة، فإن كان بسببٍ واحدٍ لا يمكنُ انفصالُ بعضهم عن الآخرين: كورثةِ ميت؛ ومستحقِّي وقفٍ: جاز لكلٍّ إثباتُها بالبينة، أي: وعلمِ القاضي، ويقعُ للكلِّ الحاضرِ والغائبِ، ويقبض لمحجورِهم: وليُّه، ولغائِبِهم: القاضي إن كان عيناً، وهو أو مَنْ حَضَر: إن كان دَيْناً، وهو مشتَرَكٌ فتكون غَيْبته عذراً في تمكينه من قَبْضه، على ما سبق في الشركة، فإن لم يكنْ في القضية إلا شاهدٌ فلا بدَّ من حَلِف كلٍّ، ومن حَلَف استحقَّ حصتَه، فإن نَكَل صاحبُهُ لم يشاركْه، ويقبضُ من حَلَف حقَّه، فإن حَلَفوا كلُّهم فكالشاهدَيْن، وإذا أقرَّ الخصم لبعضهم شاركَه فيه أصحابُه، وإذا كانتِ الدَّعوى على الورثةِ في مخلَّف مورِّثهم قال الغَزِّي: فالمتَّجه سماعُها في وجهِ أحدِ الورثة، وكذا في وجهِ أحدِ الموقوف عليهم، لكن لا بدَّ في الحكم من الإعلام إلى الكلِّ بعد الثبوتِ ليحضُروا فيدفعوا أو يُذْعنوا، وقرَّره غيره، وسبق فيه كلامٌ أولَ الفصل.

وإن ادَّعى شخصٌ أنه داخلٌ في وقفٍ بشرطِ الواقفِ هو وغيره: فكلٌّ يدَّعي لنفسه، وكذا في الوصايا، وحيثُ للوقف ناظرٌ بشرط الواقف: كَفَتِ الدعوى في وجهه وإن لم يَغِبِ المستَحِقُّون، ويكونُ كوليِّ الأطفال، قاله الأذرعي، يعني: وما سبق في وقفٍ لم ينصَّ على نظره لغيرهم، وحيثُ توجَّهتْ يمينٌ على مدَّعٍ بالردِّ، أو مدَّعى عليه: فعليه الحَلِف بعددٍ من اليمين لهم إن تعدَّدوا، حتى إذا ادعى ورثةٌ على ورثةٍ حَلَف كلُّ وارثٍ لكل وارثٍ يميناً وحده، نعم لو ادَّعى وصيُّ ميتٍ دَيْناً

أو عيناً له لتنفَّذَ به وصاياه، فالظاهر أن المنكِر لا يحلِّف إلا واحدةً، وكذا إذا ادَّعى على ميتٍ دَيْناً، فأنكره الورثة ونكَلوا عن اليمين: يحلِف يميناً واحدةً للردِّ، قاله المُزَجَّد في «فتاويه»؛ وأَيمانُ القَسامة توزَّع بين الحالفين، على ما قرَّروه فيها؛ وأما اليمينُ مع الشاهد في غيرِ الجنايات فلا تعدَّد، وإن كَثُر من الدعوى عليه، وإن كانوا أجانبَ إذا اتحدتْ شهادتُه، وكذا يمينُ الاستظهار، قال في «العُبَاب»: وكذا لو شهدَ لشخصٍ شاهدٌ بحقٍّ على زيدٍ، وبحقٍّ على آخر: تكفي تكملةُ الحجة بيمينٍ واحدةٍ يذكُرُ الحقَّيْن فيها.

## ١٢٠١ ـ مسألة

تصحُّ دعوى النكاح من المرأة على الرجل وإن لم تذكُر طلبَ حقِّها لتعلُّقه بثبوته، فإن أقرَّ أو أقامت به بينةً: فذاك، وإلا حلف، ولا يلزمُهُ شيء، ويحرُم عليها أن تتزوجَ حتى يطلِّق ولو بقوله: إن كنتِ زوجتي فأنت طالق، ويندبُ سُؤالُه ذلك أو يفسخُ بسبب، ولها أن تفسخَ مستقلَّةً للضرورة، كذا في «العباب»، فإن نَكَل حلَّفت وكأنه أقرَّ، قال القفال: فيحلُّ له وطؤها، قالوا: وفيه وقفةٌ إلا إذا زال عنه ظنُّ حُرْمتها، ويصحُّ دعوى الجاريةِ استيلادَ سيدِها لها، لإثباته، أي: الاستيلاد[1]، والعبدِ التدبيرَ، وتعليقَ العتقِ بصفةٍ، على الأصح، لا دعوى الدَّيْن المؤجَّل، قال الماورديُّ: إلا أن يكون مقروناً بحالٍ فتسمع تَبَعاً، وتَبِعوه، قال: وكذا إن ادَّعاه بعقدٍ وأراد إثباتَ صحته، قال الغَزِّي: ويمكنُ أن يخصَّصَ

(١) كتب على الحاشية كلمات لم تظهر كلها، إنما ظهر منها هذا: «أي: الاستيلاد السيد من بـ بموقة وا الإثبات . انتهى».

بعقدٍ اختُلِف في جوازه كالسَّلَم، أي: في بعض صُوَره، لأنه موضعُ الخلاف ليُثْبِتَه.

## ١٢٠٢ ـ مسألة

اليمينُ إذا كانتْ على صبيٍّ أو مجنونٍ وُقِفَتْ لكماله، ثم إن كانت الدعوى عليه ولا بينةَ: بقيَ الحقُّ له، ولا يُوقَف المدَّعى به، فلوليِّه التصرُّفُ له فيه كسائر أملاكه، حتى لو ثَبَت له حقٌّ بإقرارٍ، فادَّعى المقرُّ أو وارثُه فسادَ الإقرار ليحلِّفه: لم يُوقَفِ المُقَرُّ به، ويثبتُ بالإقرار، وللوليِّ التصرُّف فيه، فإذا كَمُل حلَف أو ردَّ، وحكمه كغيره، ولا عبرةَ بفتوى من قال يُوقَفُ، أو من توقَّف فيها، فإنه ذهولٌ عن محلِّ الوقف، وإن كانت الدَّعوى له ونَكَل المدَّعَى عليه ولا بينةَ للطفل: بقيَ مع صاحبه إلى كماله، وله التصرُّف فيه، وكذا إن كان مع الطفلِ شاهدٌ واحدٌ وتوقَّف الثبوتُ على يمينه، على ما تلقيناه من أئمتنا، وإن نُقِل عن القاضي، والبغوي وغيرِهما الوقفُ فيها أو في بعضها، نعم ذكروا وقفَ المشهودِ به بعد الشهادةِ ما لم يعدَّل الشاهدُ أو يجرحْ مدةً قريبةً، فيقاسُ عليه ما إذا قَرُبَ بلوغُه مثلها؛ وهل يجوزُ للوليِّ أن يحلفَ عنهما؟ فيه أوجه، والأصحُّ في المذهب المنعَ، وقيل: يحلفُ فيما باشَره، وهو أقوى في الدليل، وجزم به الشيخان في الصَّدَاق، وقال الرافعيُّ هنا: لا بأس به، وأجاب به السَّرَخْسي، قال الإسنويُّ: وبه الفتوى، فقد نصَّ عليه في «الأم»، وجزم به غيرُهُ كصاحب «الإرشاد»، أما إذا كانت لإثباتِ عقدٍ باشره أو نَفْيِهِ: فظاهرُ كلامهم الجزمُ بحِلفه.

## ١٢٠٣ ـ مسألة

حيثُ ادَّعى اثنان شيئاً كلٌّ أنه له دونَ الآخر، وهو في يدهما، حَلَفَ

كلٌّ أنه له دونَ صاحبه، أو: أنه لا حقَّ للآخر في النصف الذي بيده، وقُسِم بينهما، وكذا إذا ادَّعى كلٌّ أن اليدَ له وأن الآخَرَ يمانعُـه عليها بغير حقٍّ، ولا بينةَ، وإن اختلفا في قَدْر المدَّعى بأنْ قال واحد: لي كلُّه، والآخَرُ نصفُهُ: سُلِّم للأول النصفُ، وتحالَفا في الباقي إن لم يثبتْ لهما يدٌ، وقُسِم بينهما، وإلا فيحلِف مدَّعيه بنفي دعوى صاحبه، ويقعُ له فلا ينقُص أحدٌ عن مدَّعاه إذا كانت يده عليه، أو على أكثرَ منه إذا حَلَف، وإن ادَّعى غيرُهُ أكثرَ منه كأنْ كانتْ دارٌ بيدِ ثلاثةٍ أثلاثاً، فادَّعاها أحدُهم، وادَّعى الثاني نصفَها، والثالثُ ثلثَها، فيحلفُ كلٌّ على نفي ما يدَّعيه غيرُه فيما في يده، ويُقْسَمُ أثلاثاً، بخلاف ما إذا لم تثبت لهم يدٌ ولم يعارِضْهم غيرهم، فيحلفون فيما تعارضوا فيه، ويُقْسَم بينهم ويُسَلَّم ما لا تَعَارُضَ فيه لمدَّعيه، فإذا ادَّعى واحدٌ الكلَّ، وآخرُ النصفَ، وآخَرُ السدُس: فيسلَّمُ السدسُ لمدَّعي الكل، ويعارِضانه في الباقي، ولا تعارضَ بين الاثنين، والظاهرُ أنهم يتحالَفُون ويكون له نصفُه، ونصفُه بينهما بحسَب ما ادَّعياه فَلَمدَّعِي النصفِ ثلاثةُ أخماسه، ومدَّعي الثلثِ خُمُساه إذْ لا يَدَ تُقوِّي جانبَه. ولْيُنْظَرْ فيها.

## ١٢٠٤ ـ مسألـة

إذا أُدعِيَ عليه فلم يُجِبْ وقال: أريدُ أنظُر في ذلك: أُمْهِلَ إلى آخرِ المجلسِ لا غير، وَمَنَعَ المُزَجَّد وغيرُهُ إمهالَه كالبُلْقيني، فإن أجابَ بالنفي فحين أُرِيد تحليفُهُ قال: أَمْهِلوني لأنظر؛ لم يُمْهَل، وإن استَمْهَلَ بعد ثبوتِ الحقِّ عليه ليأتيَ بدافعٍ كإثباتِ أداءٍ أو إبراءٍ أو انتقالٍ إليه: أُمْهِل ثلاثاً، ويسلِّم المدَّعَى في الحال إن كان عيناً لا دَيْناً، ويستردُّها إن أَثْبَتَ به، وإن لم يأتِ به حلَّف المدعي على نفيه، وأُلْزِم بما ثَبَت، فإن كان

الحاكمُ قد حكم به فالأرجح في «الروضة» أنه لا يُحلَّف، وظاهر «المنهاج» تحليفُهُ، وإلا ردَّ ليحلفَ المدَّعَى عليه ويبطُلَ الحكمُ، واختاره الأذرعي وابن عبسين وطوَّل لذلك، وقال الغَزِّي: لا بأس بترجيحه، فإن وَقَع الحكمُ مع غيبةِ المدَّعَى عليه حيثُ جاز: حلِّف جزماً، وللمدَّعي طلبُ حبسِه زمنَ المُهْلَة لئلا يتغيَّب فيحبسَ، لا الحجرُ عليه، فإن عدِّلت فيها عند آخر امتنعَ التصرُّف فيها عليهما، وإن ذَكَر في جوابه للدعوى أن له دافعاً مما ينفعُهُ وعيَّنه: ففي «العُبَاب» أنه يُمْهَل ثلاثاً وجوباً فيما يظهر، فإن أَتَى به أو بغيره قُبِل، وكذا يُمْهَل المدَّعى في يمين الردِّ لينظُر في أمره ثلاثاً، وفي «العُباب»: أبداً، ويسقُطُ حقُّه من اليمين بنكوله، ومثلُها: اليمينُ مع الشاهد، لا إنْ سكتَ بلا نكولٍ ولا حكمٍ به، فإنْ جاء بآخَرَ لِيُكْمِلها تمتْ وإنْ طالتْ المدةُ، وكذا من نَكَلَ عن يمين الردِّ ثم أراد الإثبات ولو بشاهدٍ ويمينٍ: أُجيب، فإن أرادَ إنشاءَ دعوى للتحليف مرةً أخرى لم يمكَّنا على الأرجح، وجوَّزه العراقيون، وما مُنِع منه الشخصُ: مُنِعُ منه وارثُه، وما جازَ له جازَ للوارث وإن لم يجدِّد دعوى، ويمينُ الردِّ لا يرتدُّ[1].

## ١٢٠٥ ـ مسألة

لا بدَّ من علمِ القاضي عدالةَ الشهود، أو ثبوتَها بمن يعلمُ عدالتَه: رجلين حرَّين فأكثر، أو بمن عدَّلهما من يَعرِفه وإن تَسَلْسَلَ، كما نُصَّ عليه في حَرْمَلَة، أو بعالمٍ يفوَّضُ إليه أمرَ التزكيةِ والجرحِ، فيزكِّيهما بعلمه، ويكون حكْماً به، ولا يُشْترط حضورُ المزكِّي والمجروح، ولا من شَهد له أو عليه، كما صرح به الكَمَراني في «فتاويه» وغيرُه، ويُؤخَذ من كلامهم:

---

(١) تقدم تفسير يمين الردِّ قبيل ١١٩٨.

ولا سؤالُ القاضي مِن الشاهِدِ أن يشهدَ لقبولهما حِسْبةً، قاله القاضي في الجرحِ، وبقياسه التعديلُ للعلَّة، قاله المُزَجَّد، ولا يزكِّي أحدٌ مَنْ لا تُقْبَل شهادتُهُ له، ولا أحدُ الشاهديْنِ الآخَرَ، وأفتى أبو شكيل وابن أبي الخلِّ بمنْعِ جرحِ إحدى بيِّنَتَيْنِ تعارَضَتا للأخرى، ولو بعداوة المدَّعي، وهو ظاهر، وَنَقَل عن «البحر» أن ظاهرَ المذهبِ سماعُها، وبه أخذ ابن النقيب في «شرحه»، ويجوزُ التعديلُ من شاهدٍ على شهادته، ولا يَكْفي رضا الخصم بشهادته، ولا بدَّ في الجرح من بيان سببه، فإن كان زنا: لم يكن قَذْفاً وإن نَقَصَ النصاب.

## ١٢٠٦ ـ مسألة

سَبَقَ أن من تصرَّف ثم ادَّعى فسادَ تصرُّفِهِ: أنه إنْ أقرَّ حال التصرُّفِ أنَّ ما تصرَّف فيه ملكُه: لم تُسمعْ دَعْواه، وإلا سُمعت، لإقامة البينة بمدَّعاه الآن، فمن ذلك ما لو قال: بعتُ المالَ وأنا لا أَملكُهُ والآن ملكتُهُ بالإرث، فإن كان قال عند بيعه: هو مِلْكي، لم تُسْمَع دعواه، وإلا سُمِعت، وله إقامةُ البينةِ بها، وتحليفُ المدَّعَى عليه أنه لا يَعْلم ما ادَّعاه، وكذا لو ذَكَرَ عذراً محتمِلاً كقوله: بعَثَه إليَّ وكيلي فظننتُه لي، ثم بان أنه لأبي ثم ورثتُهُ، ولا يضرُّ قولُه حينئذٍ عند البيع: إنه لي؛ ومثلُها: من باع ثم ادَّعى أن المبيعَ وُقِف عليه في كلِّ ذلك، أما من ادَّعى كونَه صبياً أو نحوَه عند التصرُّف، فتصحُّ دعواه ويُقْبل يمينُه إن أمكن وعُهِد نحو الحَجْر، وسبَق بيانُهُ آخرَ البيع والنكاح؛ ومن اشترى شيئاً، أو احتال به، فأنكر الخصمُ أصلَ استحقاقِ منْ صار إليه منه، فله إثباتُهُ ببيِّنةٍ، أو شاهدٍ يحلفُ معه، وليس كالمرتهِن يخاصِمُ في الرَّهن، كما سبق في باب الحوالة، وبه أفتى ابن الصلاح.

## ١٢٠٧ ـ مسألة

لو كتبَ دعواه بصفتِها في ورقةٍ ثم قال: أَدَّعي ما ذُكِر فيها، فهل يكفي ما ذكر؟ وجهان، لم يُرَجِّحا شيئاً منهما، قال ابن كَبِّن: فإن عَرَف الحاكمُ والخصمُ ما فيها كَفَى، وقرَّره غير واحد، وجزم به في «العُباب» وجعله محلَّ الصحة، فظاهرُه عدمُها في غيره، قال الغَزِّي: وعملُ القضاةِ الآن على الاكتفاء بها، ويترجَّح إن كان في إثباتِ توكيلٍ بلا طلب للحق.

## ١٢٠٨ ـ مسألة

قال ابن الصلاح: تُسمعُ الدَّعوى والبينةُ ببيعِ الورثةِ المعيَّنين تَرِكَتهم وإن لم تبيَّنْ حِصَصُهم، إذْ تمكنُ الإحاطة به بلا تردُّد. انتهى. قال المُـزَجَّد: وكـذا إثباتُ شخصٍ في وقفٍ على معيَّنين مُسْتَـوِيينِ أنه كأحدهم، وإذا ادَّعى الصبيُّ بعد رُشْده أن وليَّه أسرفَ في إنفاقه ـ ليضمِّنَه الإسرافَ ـ سُمِعتْ إن بيَّن قدرَه، وإلا فينبغي أن لا تُسمع كما قال الغَزِّي، كما ذكروه فيمن ادَّعى خيانةَ عاملِ المساقاة، وكذا الغريمُ إذا ادَّعى أن مَدِينَه أَيْسَرَ، فلا بدَّ من بيان سببه وقدرِه، قاله القاضي؛

ومن اشترى غلاماً فبان حراً، أو مستَحَقّاً؛ فله أن يدعيَ الثمنَ الذي سلَّمه فيه، وإن لم يذكر عينَ المبيعِ ليحلفَ البائع، فإن عَرَفَ عينَه فله إقامةُ البينةِ بحريَّته الأصلية ويستردُّه، فإن انتـزعه المستَحِقُّ بـإقراره، أو حلَف خصمُهُ لنكوله: لم يَرجِـعْ بالثمن، وكـذا في مدَّعي العِتقِ الحادثِ؛ ويرجعُ فيما انتُزِع ببيِّنة فيهما وإن لم تؤرِّخْ في غير الحادث، وكذا بيمينِ العبدِ في غيره وإنْ أقرَّ المشتري قبلُ برقِّه، اعتماداً على الظاهر، أو في النزاع، فلو قامتْ بعده بينةٌ برِقِّه، أو إقرارُه به قبلَ حَلِفه:

بطلتْ يمينُهُ وبقي للمشتري وإن كان قد غابَ وأَيِس منه وقد قبضه، ويردُّ ما كان رجع به إن أقبضه من البائع. ذكره بعضهم، وهو ظاهر.

## ١٢٠٩ ـ مسألـة

دعوى أجرةِ السُّكْنى في بيتٍ على الساكن، لا على مَنْ أدخلَه، قاله القفَّال، وإثباتُ النسبِ على من يُقْبَل إقراره به، وسبَق تفصيلُه في الإقرار، ودَيْنُ العبدِ المأذونِ له: عليه وعلى سيِّده، فمن أقرَّ أو نَكَل فحلف المدَّعي: فعليه موجَبها، كما مرَّ في بابه، ولا يدَّعي العبدُ على سيده الآذنَ إلا أن يطلُبَ الثمنَ. وينكرَ السيدُ دعوى المعامِل ويحلفُ: فللعبدِ حينئذٍ تحليفُه ليسقطَ عن ذمَّتِهِ إن نَكَل فحلف هو؛ ودعوى الوصيِّ الوصايةَ على الوارث، أو وليِّه، أو مَنْ عليه دَيْن للميت أو يمينٌ تشملُها ـ أي الوصاية ـ. وكذا من أُوصي له بشيء معيَّن لا في مطلَقه ـ كمائة درهم ـ إلا على الوارث إن كانت تركة، كما سبق، ويأتي في الدَّين؛ ودعوى زوجيةِ المرأةِ المزوَّجة في الظاهر: عليها، أو على مُجْبرها قبلَ دخول الزوج، لا على زوجها، فإن أقام المدَّعي بينةً: سُمعت، وإن أقرتْ له ثَبَتَ إن لم يثبُتِ الأولُ بعقدِها أو إقرارِها له قبلُ، فإن أثبتا بأحدهما قدِّم السابق إن عُلِم، أو أحدُهما بالإقرار والآخر بالعقد وأَرَّخا: فكذلك، كما أفتى به البغوي، وأقراه آخرَ الدعاوي، وكذا غيرُهما، وإلا قدِّمتْ بينةُ العقد، وإن تعارضَ إقرارُهما وإقرارُ المُجْبَرِ: فقد سبق في النكاح.

## ١٢١٠ ـ مسألـة

لا تصحُّ دعوى المرأةِ الطلاقَ إلا أن تزيدَ: وهو يريدُ معاشَرتي،

ولا المَـدِينِ البراءَة، ولا المشتـري مـا يُسْقِط الشُّفعـة إلا أن يـزيـدَ: وهو يطالبُني، ولا يدَّعي أحدٌ حقاً لله تعالى محضاً كالكفارات وموجَبِ حدٍّ لله، ولا ما لا يثبت إلا ببينة كنكاح صغيرة ثيِّبٍ، وحقٍّ على محجورٍ أو ميتٍ بلا وارث، إلا مَنْ معه بينةٌ به، ويزيدُ في دعواه: ولي بينةٌ بذلك، فإن أُرِيد منها تحليفُ الخصم حيثُ لا تنفعُ البيِّنة: كأنْ أَقَـرَّ بشيء لشخص ثم أنكره وأرادَ تحليفَه، أو اشترى شيئاً ثم أقرَّ أنه مغصوبٌ من زيدٍ وردَّه له وأراد تحليفَ البائع: فله ذلك فيهما، ويقولُ في دعواه: كان كذا وأريدُ تحليفَه، فإن كان لا يقعُ إلا بعلمِ المدَّعى عليه كدَيْنٍ على ميتٍ لا بينةَ به وله وارث: زاد في دعواه: وأنتَ تعلمُ به، فإن كان معه بيِّنةٌ: كفى ذِكْر أحدهما على الظاهر، ويُشترطُ حيثُ اعتَمَدَ العلمَ أن يكون للميت تَركةٌ بيد الوارث أو غيرِهِ معلومةٌ، أو يقول: وفي يَدِك من تركتِهِ ما يَفِي بدَيْني، أو بشيءٍ منه ـ ويعيِّنُهُ ـ فيحلفُ على نفيِ العلم والتركة، لا نَفْيِها وحدَها، قاله ابن القاصّ وتَبِعه الشيخان.

فإن حلفَ على نفي العلم: سقطتْ الدعوى، أو نَكَلَ عنه دون التركة حلَّف المدَّعي وثبت دَيْنه، فلعل يظهرُ للميت مالٌ؟ فإن عَرَفَ له مالاً بيد أجنبيٍّ مقرٍّ به، أو به بيِّنة، أَعْلَمَ الوارثَ لتصحَّ دعواه على الميت في وجهه، لأنه إن أقرَّ: نَفَعَه إقراره، أو نَكَل حَلَفَ هو وَثَبت، هذا هو الظاهر، ولم يذكروه؛ فإن امتنعَ من طَلَبه أَعْلَمَ الحاكم لَيقضيَه من المقرِّ ويقيمَ من يدَّعي، ويقيمَ البينةَ على المنكِر، كما يؤخذ مما سيأتي، وحيثُ كان به بينةٌ: سُمِعتْ وإن لم تكنْ تركةٌ، قاله شُرَيح وأقَرَّه الغَزِّي، قال أبو حميش: ولا يُحتاج إلى حضورِ الوارثِ في يمينِ الاستظهار إذا لم تكنْ بيده تركةٌ، لكنه أولى تطييباً لقلبه، وحيثُ ادَّعى على شخص أنه يعارضُه في ملكـه، أو يمنعُه منـه، أو من وظيفةٍ يستحقُّهـا أو يؤذيه

بملازمته، أو يشفع عليه بكذا بغيرِ حقٍّ في الكلِّ: سُمِعَتْ، فإن ثَبَتَ ذلك: قُهِر الخصمُ عنه قاله الماوردي، وحيثُ اقتضى تعزيراً عُزِّر له، ومن ادَّعى شتماً أو ضرباً: عيَّنه، ويحلِّف الخصمُ ما فعلتُهُ، فإن نَكَلَ فحلَف المدَّعي، أو ثبت ببيِّنةٍ: عُوقِبَ بما اقتضاه، كما مرَّ في الجنايات.

## ١٢١١ ـ مسألة

من له دَيْنٌ على شخصٍ فَجَحَدَه، وللمَدِينِ عليه مثلُه: فله جَحْدُهُ، فإن زاد: فَقَدْرَ حقِّه وإن لم يكن جنسه، وله الحِلفُ بنفيه للضرورة ولو غيرَ نقدٍ، وكذا من له بيِّنة بأحدِ دَيْنَيْنِ على آخر، فقضاه، وجَحَد الثاني ولا بيِّنَةَ به: له إقامةُ بيِّنةِ المقضيِّ إن لم تَدْرِ هي بالقضاء بقَصْدِ الاستيفاء، ولو شَهد على مَدِينٍ له شهادةَ زُور بمالٍ، فأُخِذ منه بشهادته، فللمَدِين أن يُنكِرَه دَيْنَه، كما أفتى به الإمام الرِّيمي.

## ١٢١٢ ـ مسألة

ليس على الشاهد أن يقول في شهادته: وهو صحيح العقل، ويُحْمل الإطلاق على صحته، كما نصَّ عليه الشافعي، فإن عَلِم غيرَها لم يَجُزْ له إطلاقُها، وكذا من تبرَّع في مرضِ موتِهِ بما يزيد على الثُلُث، لأنه يُحمل على أن لا يُحْسَب منه، قال بعضهم: فعلى ذلك: لا يجوزُ تَحَمُّلُ الشهادةِ على من له حالتا جنونٍ وإفاقةٍ حتى يَعرِف أنه مُفِيق، ومثلُهُ المريضُ الذي يُغْشَى عليه في حينٍ، ولا بدَّ أن يصرِّح الشاهد فيها بحالِ إفاقته إذا علم الحاكمُ حالَه، قال الجُرْجاني: ولا يجوزُ إقرارُ مقيَّدٍ ومحبوسٍ، ويؤخذُ منه منعُ الشهادةِ به لمقيِّده، وأن قوله في الإكراه فيه مقبول، وأن صرَّح الشاهد باختياره، ومن أقرَّ لذي سلطانٍ ثم ادَّعاه قُبِلَ، إلا أن يكونَ مطلقاً وصرَّح الشاهدُ باختياره. قاله السُّبْكي.

## ١٢١٣ - مسألة

مَن ادَّعى دَيْناً مع موجَبه كثمنٍ في بيعٍ ، ومهرٍ بنكاح، وإتلافٍ تَعَدٍّ لبدله، فإن أجابَ الخصمُ بنفي الدَّيْن: كَفَى وَحَلَفَ كذلك، وإن أقرَّ بالموجَب ونفى الدَّيْنَ: لم يُقْبل، ويكلَّفُ الخروجَ بما يقتضيه، ففي النكاح: بمهر المثل، والإتلافِ بالبدل، وفي البيع بما سَبَق في اختلاف المتبايعَيْن بعد اتِّفاقِهما على صحته، وقد سبَق في النفقاتِ شيءٌ من هذا، ومثلُه من ادَّعى الشراءَ بثمنٍ معيَّنِ العينِ أو القَدْرِ وقَبْضَ البائعِ له ولم يعيِّنه في الدَّعوى، وشهدتْ بينتُهُ كذلك، فقال الجوزي: تقبلُ ويؤمرُ البائعُ بتسليمِ المبيع، وعن البغوي وزيدٍ اليَفَاعي: عدمُ قبولها، والأولُ أظهر، وقد أفتى الدَّبيليُّ بمثله إنْ ذَكَرَتْ أن الثمن حقُّه، ونقل شُريحُ الصحةَ فيما إذا قالتِ البينة: اشتراه بثمنٍ معيَّن ونَسِيناه، عن الإِصْطَخْري، وقال بعضُ الأصحاب فيه: إن ذلك لا يقتضي لزومَ الثمنِ، لأن البائعَ لم يَدَّعِهِ، بل يُثبِتُ الشراءَ، أي: ثم يتراجعان بينهما، فمن طلب حقَّه من الثمَن والمُثْمَن: طالبَه الآخر بحقِّه، وصرَّح بها القفال في «فتاويه» فقال: تصحُّ ويكونُ كما لو اعترفا بصحةِ البيعِ ونَسْيِ الثمن، وعند المخارجة لا بدَّ من التعيين ليطالبَ الآخَرَ بالتسليم، فإنِ ادَّعى أن صاحبَه قبضَ الثمنَ: حلَفَ على نفيه، فإن نَكَلَ حَلَف واستحقَّ تسليمَ المبيعِ . انتهى بمعناه، وقرَّره الغَزِّي وزكريا، ومثلُها: ما لو نسيَه العاقدان معاً، فلا بدَّ للمخارجة من تعيينٍ ينبني الحكمُ عليه أو اصطلاحٌ.

## ١٢١٤ - مسألة

إذا لزم المدَّعَى عليه يمينُ نفيِ الحقِّ في المدَّعَى فأراد إقامةَ بينةٍ بمِلْكه لم يُجَبْ لاستغنائه عنها باليمين، قال البُلْقيني: وذلك إن لم

يتضرَّر بتركِ البينةِ بتهمةِ سرقةٍ ونحوها، وإلا فله إقامتُها لدَفْع ذلك كما يقتضيه القواعد، أي: ويكفي عن اليمين إلا أن يُقيم المدَّعي بينة، وذلك قياسُ ما لو أقرَّ به لآخَرَ، إذْ له إقامةُ البينة بذلك، لما ذكر، كما سيأتي قريباً، فإنِ ادَّعى إقرارَ المدَّعى له بملكِهِ أو بفسقِ شهودِهِ، أو أقرَّ بأصل الدَّيْن وادَّعى أنه قد بَرِىء منه، أو أُحِيل عليه بدَيْن فادَّعى أنه قد بَرِىء منه، أو إقرارَ المُحِيل قِبل براءته: فله إقامتُها ولو شاهداً ليحلِف معه، وتسقطُ الدعوى في الكلِّ، ولكن في مسألةِ الحوالةِ لا يكونُ إسقاطاً لحقِّ المُحِيل أصلاً على الأقرب، كما قاله الغَزِّي، بل لا بدَّ من إعادتها في وجهه، والظاهرُ أن للمحتالِ الرجوعَ عليه بالشهادة الأُولى، فإن لم تَقُم بينة وأراد تحليفَ المُحتالِ بنفيِ علمِهِ بما ادَّعاه: فله ذلك لا غير ذلك، قاله السَّمهودي، وكذا من اشترى شِقْصاً[1] فيه الشُّفْعة فادُّعي عليه، فأجاب بأنه بثمنٍ مجهول، له إقامةُ البينة به ويندفع، وكذا لو أقرَّ ذو اليدِ به أنه لآخرَ بإيداعٍ أو غيرِهِ: له إقامةُ البينة بملكِ الآخر ـ على الأصح ـ لدفع اليمين، ولا تكفي لإثبات ملكه، ولو أقام المدَّعي بينةً به انتزعه.

## ١٢١٥ ـ مسألة

صرَّح الأئمةُ بأنْ ليس للقاضي اعتمادُ خطِّ نفسِهِ ولا خطِّ غيرِهِ من شاهدٍ أو قاضٍ وإن كان الخطُّ محفوظاً عنده حتى يتذكَّر، بل لو قامتْ بينةٌ عنده أن هذا خطُّه أو أنه حَكَمَ بكذا ونَسِي ذلك: لم يَجُزْ له اعتمادُها وإمضاءُ ذلك حتى يتذكَّر، أما لو شهدتْ بحكمِ غيرِهِ: أمضاه على ما عَلِم من شروطه، ولا يَكْفي علمُهُ أن هذا خطُّه، ولو أنه كتبه بمحضره وفي محلِّ وِلايته أن يتلفَّظ بالحكم به، وحيثُ جاز الإمضاء فهو بناء

(١) قطعةً من الأرض أو من دار وما تجب فيه القسمة.

على صحةِ ظاهرِ الحكمِ ، لا قَطْعُ فيه، فلا يجوزُ لأحدٍ سمع قاضياً حكمَ بشيءٍ، أو شهد به شاهدانِ يَعْلَم ثقتَهما ـ بل وَلايَتَهما لله تعالى ـ أن يشهدَ بلزومِ ذلك الشيء، فإن فَعَلَ فقد أَتَى عظيماً من الإثم، بل حقُّه أن يشهدَ بما سَمِعَ من الحكم أو الشهادة، بل لو قَطَعَ بحكم معرفته بوضع خطِّ نفسه، أو خطِّ غيره القديم: أن هذا خطُّه لم يَجُزْ له أن يشهدَ بأنه خطُّه، إلا أن يتذكَّر نفسَ كتابته، ويكونَ محفوظاً عنده بحيثُ لا يمكنُ خروجُهُ عن حفظه ورعايته أصلاً، وكذا لا يجوزُ لمن علم كتابَه أن يشهدَ بما تَضَمَّنَه إلا أن يتذكَّره، كما صرح بذلك الأئمة في كتاب الأقضية من كُتُب الفقه كلِّها أو أكثرها، نعم له الحلفُ نفياً وإثباتاً اعتماداً على ظنٍّ مؤكَّد كَخَبَرِ عدلٍ أو خطٍّ موثوقٍ بكتابته وحفظه، وإن كان كتابه، كما صرَّحوا به.

## ١٢١٦ ـ مسألـة

أجرةُ كتابةِ الصَّكِّ بحقَّيْنِ، أو بحقٍّ بين اثنينِ أو أكثرَ، على قَدْرِ رؤوس من هو له، لا على قَدْر الأنصبة، ذكره الرافعي في الشُّفعة، ونقله عن الأَقْفَهسي وأقرَّه قال: وإن كان تركةً بين ورثةٍ مختلفين، قال المُزَجَّد: وأجرةُ ملازمِ المدَّعَى عليه على المدَّعي.

## ١٢١٧ ـ مسألـة

من طُلِّقتْ واعتَدَّتْ، ثم تزوَّجت وطالتْ مدتُها، ثم ماتت، وكانت العادةُ أن أهلَ بلادِها لا يطلِّقون إلا مع براءةِ الزوجِ من المهر، ولم تذكُر هي في حياتها بقاءَه على الزوج المطلِّق، فادَّعى ورثتُها بقاءَه، والعرفُ يكذِّبُهم ويغلِّبُ ظنَّ زُورهم، فأجاب صاحبُ «البيان» فيما رأيتُهُ عنه:

بعدمِ سماعِ دعوى ذلك، وبه أفتى فقهاءُ اليمن: حسينُ الأهـدل، وأبو القاسم ابن مُطير، ومحمد بن أبي بكر الناشِري وغيـرهم، وقياسُ المذهبِ سماعُها وتصديقُ الورثةِ بنفيِ علمِ براءته.

## ١٢١٨ ـ مسألـة

إذا قال القاضي: حكمتُ مُكْرَهاً، أو: بان لي فِسقُ الشاهدَيْن: قُبِل قولُهُ ونُقِضَ حكمُهُ، لأنه أمين في ذلك وصِدْقُه ممكنٌ، بخلاف قوله: كنتُ فاسقاً أو عدوّاً للمحكوم عليه ـ كما نقله الأذرعي ـ لبيان تهمته، وكذا لو قال: كنتُ وكيلاً في شراءِ ما حكمتُ به للمحكوم له، قاله أبو القاسم ابن مطير.

## ١٢١٩ ـ مسألـة

من ادَّعى بناءً أو غِراساً وقرارَه مِلْكاً: ذَكَرَ عينَ حدودِ القرارِ وصورةَ ما فيه، وإن كان استحقاقُ القرارِ لا يملكُ عينَه: ذَكَرَه مؤبَّداً أو مؤقتاً، ومساحةَ الذي ادَّعى فيه، قال الغَزِّي: ولا يجبُ ذكرُ عددِ الغِرَاس فيهما، قال زكريا: وفيه نَظَرَ، أقول: وينبغي وجوبُهُ فيما إذا لم يَدَّعِ ملك القرار، لا إنِ ادَّعاه، لأنه يكون تابعاً كأزاء الدار المعيَّنة، لأنه يدخُلُ في دعوى الأرضِ والبناءِ ما يدخُلُ في إطلاقِ بيعهما، كما جزم به الغَزِّي، وحيثُ ادَّعى عُلْوَ دارٍ غائبةٍ: وَصَفَه ومساحةَ ما تحته، أو وسطَها: ذَكَر معه ما فوقه كذلك.

## ١٢٢٠ ـ مسألـة

من أقرَّ بشيء لشخصٍ ثم ادَّعاه: لم تُسمعْ دعواه ولا بينتُهُ به، إلا

أن يذكُر انتقالَ مِلكه إليه بسببٍ منه، فلو قال: انتقلَ إليَّ بسببٍ شرعي ولم يعيِّنه ـ وشهدتْ كذلك ـ فهل يكفي؟ فيه خلاف، قال الزركشي: نصَّ في «الأم» أنه لا يُشترطُ بيانُ السبب، وبه يُعلم أن المذهبَ سماعُها هنا، وكذا قال الغزي: إنه المشهور، إلا أن يكون الشاهدُ ممن تَشْتَبه عليه الأسباب، قال البُلْقيني: ومثلُ الإقرار: مَنِ اشترى شيئاً أوِ اتَّهَبَه وَقَبَضه من معيَّنٍ وبينتُهُ قائمةٌ بذلك، فليس للبائعِ والواهِبِ دعواه إلا بالانتقال، أقول: إلا أن يريدَ بيانَ فسادِ العقدِ الماضي ببينةٍ، فتُسمع، كما مرَّ، نعم إنِ ادَّعى المدَّعي بعد الإقرار إكذابَ نفسِه، وأرادَ تحليفَ المُقَرِّ له بأنه حقٌّ، أو نكولَه ليحلفَ؛ فله ذلك بناءً على أن يمينَ الردِّ كالإقرار المذكور عقبَ هذه، وكذا تُسْمعُ دعواه ما ينافي إقراره إنْ أَبْدَى عذراً محتملاً، كجهله بما ادعاه حين إقراره إذا أمكن، وبينتُهُ به، على المعتمد، وسبقت مراراً.

## ١٢٢١ ـ مسألـة

أصحُّ القولين أن يمينَ الردِّ[١] كإقرار الرادِّ بالمحلوف عليه، لا كالبينة، فلا تُسمع منه بينةٌ بعدها بملكه أو البراءةِ منه إن كان دَيْناً، كما ذكره الشيخان في محلِّه، لكنهما ذَكَرا في أصل «الروضة» بعد في مسائل سماعَها، وبه أفتى البَغَوي، قال: فإن الإقرار هنا ليس حقيقياً، وَنَصَره البُلْقيني وغيره، وجزم به في «العُباب»، ولم يعرِّج زكريا عليه، بل قال: كلُّ ما خالفه مبنيٌّ على القول المرجوح، وَنَقَل السبكي أن النصَّ أنه كالبينة، وَنَقَل عن ابن أبي الدم تصحيحَه نقلاً.

---

(١) تقدم معناه قبيل ١١٩٨.

## ١٢٢٢ ـ مسألـة

من ادَّعى بيعاً أو نكاحاً بعَشَرةٍ مثلاً، فأنكر خصمُهُ وَحَلَفَ على نفيه بها: كَفَى، فلو ادَّعى عَيْناً أو دَيْناً مطلَقاً: فهو مدَّعٍ لكل جزءٍ منهما، فلا بدَّ في إنكاره من قوله: لا يَستحقُّه ولا شيئاً منه ونحوه، ويحلفُ كذلك، فإن حلَّفه القاضي كذلك فاقتصر في حَلِفه على نَفْي الكلِّ فهو ناكلٌ عما دونه، فللمدَّعي أن يعيِّن ما شاء منه ويحلِّف عليه ويستحقُّه، وإن لم يحلِّفه القاضي إلا على نفي الكلِّ فحَلَف به: لم يكن ناكلاً عما دونه، بل يذكُرُه المدَّعي ثم يَعرِض عليه اليمينَ بنفيه وما دونه، كما مرَّ في الأول، فلو ادَّعاها فقال: لكَ منها خمسةٌ، ورددتُ عليك اليمين في الباقي: جاز، فلو أجابَ بنفي الكلِّ وقال: أَحلِفُ على نفي خمسةٍ ورددتُها عليه في خمسة: فكذلك كما يؤخذ من هذا، وبه صرَّح في «العباب» في جواب الدعوى، وذكر في «أدب القضاء» في باب الدعاوي آخرَه عدمَ قبولِها، وهو ضعيف، لما ذكر.

## ١٢٢٣ ـ مسألـة

لو ادَّعى عيناً مؤجَّرة أو رهناً عند ذي يدٍ، ولا بيِّنَةَ لذي اليد بحقِّه فيها، فخاف إن أقرَّ وَذَكَره: لم يقبلْ إلا ببينةٍ وإلزامِ تسليمها، أو دَيْناً للمدَّعي عليه به رهنٌ عند المدَّعي لا بينةَ به، أو هو ثمنُ مبيعٍ لم يقبِضْه: فله أن يقول في جوابه: إنِ ادعيتَ عيناً مؤجَّرةً أو مرهونةً أو ديناً عليَّ به عندك لي كذا مرهوناً، أو ثمنَ كذا اشتريتُهُ منك ولم أقبِضْه: فاذكُر ذلك لأُجيبَ لك، أو غيرَ ذلك فلا يلزمُني تسليمُهُ، وله أن يقول: لا يلزمُني تسليمُهُ أولاً، ويكفي، ويقاسُ به ما شابهه.

## ١٢٢٤ ـ مسألـة

الحلِف على نفي فعلِ الغير، أو دينِ المورِّث والإيداع عنده ونحوه: يكون على نفي العلم، فلو ادَّعى عليه أنه يستحقُّ تسليم، كذا إليه من تَرِكة مورِّثه: لم يكفِ نفيُ علمِهِ إلا أن يقولَ: هو دينٌ عليه، ونحوه، ويكفيه: لا يلزمُني تسليمُهُ، وجهلُهُ به يُسوِّغ له ذلك، ومثلُهُ: من ادَّعى على امرأة زوجيَّتَها: فإنكارها: لستُ بزوجتك، وتحلِف كذلك، وإن كانت قد أذنتْ لوليِّها في التزويج ولم تعلَم وقوعَه، وجهلُها يُسوِّغ لها ذلك، فإن قال: زوَّجَنيها وليُّها، أو ادَّعى زوجيَّتَها اثنان، وقال: إنها تعلَم سَبْقي، فإنها تحلِف على نفي العلم، ذكر ذلك الشيخان في كتاب النكاح، ولو مات شخص عن زوجةٍ حاملٍ فَوَلَدَت من وُجِد ميتاً، وللأب أخٌ: فزعمتْ أنها وَلَدَتْه حياً ثم مات: صُدِّق الأخُ في نفي حياته، قال أبو مخرمة: أي: على نفي علمِها، كما تقتضيه القواعد، فلو اختلَف بيِّنتان بولادته حياً أو ميتاً؛ قدِّمتْ بينةُ الحياة، لزيادة علمها، كما أفتى به العمراني، وحَلِفُ البائعِ: لنفي قِدَمِ العيب، ومعلَّق الطلاق بكَوْنِ الطائر غُراباً وغاب: لنفيه بالبت.

## ١٢٢٥ ـ مسألـة

اليدُ في أَرضٍ فيها زرعٌ أو بناءٌ أو غِراسٌ، وفي دابةٍ ودارٍ عليها متاعٌ: لمن هو له، وكذا حيوانٌ حاملٌ بِحِمْلٍ لشخص فيه الحاملُ له، لا في عبدٍ عليه ثيابٌ لشخص، بل اليدُ فيها لسيده، وما بين الشجرتين لكلٍّ يدٍ ما امتدتْ إليه عروقُها وأغصانُها الأصلية في هوائه، وما اشتَبَكَتا فيه: فبينهما، وإذا كان للنخلة ولدٌ نابتٌ من عروقها الممتدَّةِ: فهو لمالكها، فلو عُرِف المِلكُ فيه لغيره فموضع نباته له، إذْ ثباتُ ملكه دونَ

يدِ موضعه بعيدٌ، قاله أبو الحسن البكري، وفيما ثبت من إجَّانةٍ[1] وبابٍ ونحوِه في دارٍ: لمالكها، وفي قُماش فيها: لساكنها، نعم يدُ الغَلَقِ والسُّلَّم والرَّفِّ المنقولات: بينهما لاضطرابِ العُرف به، قاله الماوردي، ويدُ الخياط فيما انفردَ بالعمل فيه: له، وكذا النَّجار، فإن كان في دارٍ: فلمالكها، وآلاتُ العمل كالإبرة والقَدوم للصانع، وكذا قوسُ النَّدَّاف، وحَجَر الفَرَّان، دون القُطن والخبز، كما نقله في «المغني» عن مذهبنا ومذهبِه أظنُّ، وهو حنبليٌّ، ويدُ الشجر: للمتصرِّف فيه ولو في أرضِ غيرِه، وَدَبَشُ بيت[2] يسكُنُه الزوجان: بينهما، ولا نَظَرَ لما يليقُ بأحدهما دون الآخر.

ولا عبرةَ في اشتراكِ اليدِ بكثرةِ ما لأحدِ المنتفعين، بل يشاركُ من له رِكْوةٌ على دابةٍ، أو دابةٌ في إصْطَبْلٍ: من له بقيةُ حِمْلها ودوابُّ بالسواءِ، ويدُ سُلَّم في سُفْل إلى عُلْوٍ: لصاحب العِلْو، وفي دابةٍ مع قائدٍ وسائقٍ وراكبٍ: للراكب، وفي السفينةِ: لمن فيها، أو رابطِ خَشَبها دونَ رابطِ حِبالِها معهما، وفي وعاءٍ بيدِ شخصٍ فيه متاعٌ بيد آخر، لكل ما بيده، ولو كان نَهَرٌ مباح يجري إلى حُفْرةٍ بجنبها أرضٌ تُسْقَى منها إذا اجتمع الماءُ وأرضٌ يرادُ منعُ الماءِ منها بالحفرة: فهي بين الأرضين، لا إنِ اختصَّ النفعُ بمن يَسقي منها فله، ومن قال: أخذتُ ثوبي هذا من يد زيدٍ أو من داره، أو ألفاً منه وديعةً لي: يكون مقِرّاً بهما لزيد، فيردُّهما له إن أنكر، وكذا أسكنتُهُ داري هذه، لا قولُه: زرع أرضي، أو بُني لي، لجريان العادة بذلك في ملك الغير، إلا أن يقرَّ بيدٍ معه، وفي: أخذتُ ثوبي من طريقه وحمَّامِهِ وقريتِهِ: وجهان للعرف بدخولها بالثياب!

---

(١) إناء تغسل فيه الثياب.

(٢) هو أثاثُه، وَسَقَطَ متاعه.

وإذا كان في صحن دار، وآخَرُ في صُفَّتها، فادَّعيا الدار: فهي في يدهما، لا من اختَصَّ بانتفاعٍ ببيتٍ منها فهو له، ولو سكنها رجلٌ وامرأةٌ فادَّعى زوجيَّتها وملكَ الدار، وادَّعتْ مِلكَه ومِلْكَها، فإن أقامَ أحدُهما بيِّنةً قُضي له، وإن أقاما بيِّنتين قُدِّمت بينتُها لزيادة علمها برِقِّه، فإن الأخرى قد تعتمدُ أصلَ حريةِ الناس، وإن لم تكن بينةٌ: حلَفَ هو لنفي رِقِّه، وهي لنفيِ زوجيَّته، وحلَفا للدار وتناصَفَاها؛ والشهادةُ بالسكنى تُثْبِتُ اليد، ولو لوارثِ ميتٍ قالوا: مات وهو ساكنُها، أو وهي في يده، لا ماتَ فيها، أو كان فيها حتى مات؛ أو ماتَ راكبَ الدابةِ، أو لابسَ الثوبِ ونحوِه، أو قاعداً عليه، كذا قالوه، مع أن اليدَ فيها أظهرُ صورةً! وكذا: إن زيداً يمرُّ في أرض فلان إلى ملكه مدَّةَ سنين، فلا تثبُت به يدُ المرورِ، كما أجاب به أبو شُكَيل بما تقتضيه، قال أبو قُضام: وهو الظاهر، ويؤيِّده قولُهم: يجوزُ المرورُ في مِلْك الغير بخلاف ما لو صرَّحت باليد، ولعل الفَرْق في مسألة الإسكان: أن السكنى يتضمَّن دوامَ الانتفاع، وأنه في عقارٍ الغالبُ لمن يدومُ انتفاعُهُ به كونُهُ مِلكَه، بخلافها، وفيه غموضٌ، بل صرَّح الغَزِّي في مسألة الوارث أنه يحكمُ له بالدار، أي مِلْكاً، وهي شبيهةٌ بمن شهِد أنه اشتراه من فلان، وهو في يده، أو: وَتَسَلَّمه منه، كما قالوه فيها، وفي الكلِّ إشكالٌ، لأنه لو شهد بذلك لمن انتقل منه إليه: يَثْبُتُ به مِلكه، ولا شك أنه لو عارضتْه بينةٌ لآخَر بالملك المجرَّد: قُدِّمت، كما سبق، ولا يُقدَّم هذا بيده، فإنَّ شاهدَه لم ينصَّ على المِلك، بل على يدٍ قويةٍ أفادتْ الحكم بِالملك.

## ١٢٢٦ ـ مسألة

ادَّعى شركاؤه مَسْقَى أرضٍ لهم من نَهر بيدِ غيرِهم، وأقاموا شاهداً،

أو نَكَلَ ذو اليدِ عن اليمين، وحلَف بعضُهم دون بعض، فأجاب أبو مخرمة وأبو الحسن البكري بثبوتِ حصتِهِ، وأنه يلزمُ إخراجها إلى الأرض أو إلى قسطه منها إن قُسِمت، قال البكري: ولا وجه بخلاف ذلك، وأفتى القاضي ابن عَبْسِين بمنعِ لزومِهِ ما لم يُقْسَم، لأنه ينتفعُ به مَنْ لَم يَحلفْ.

## ١٢٢٧ ـ مسألة

إذا نَصَبَ الحاكمُ من يحلِّف فله اعتمادُ قولِهِ في وقوعه، ذكره الغزالي في «الوسيط» وغيره، وَجَزَمَ به في «العُبَاب».

## ١٢٢٨ ـ مسألة

لا تصحُّ الشهادة إلا عند القاضي، كما ذكراه في باب القضاء على الغائب، فإن دُعِيَ ليشهدَ عند أميرٍ أو وزير، قال ابن القطان: لم تلزمْه الإجابة، وقال ابن كَجٍّ: عندي أنه تَلزمُهُ إن عَلِم أنه يصلُ إلى الحقِّ به، وصحَّحه النووي، وقال تاج الدين السُّبْكي: وهو محمولٌ على ما إذا لم يَصِلْ إلى الحقِّ إلا به، لا إنْ أمكنَ بالقاضي، كما يُرْشد إليه قوله: إن عَلِم أنه يصلُ إلى الحقِّ به، فلا وجهَ للشهادة بين يدي من ليس أهلاً لذلك بلا ضرورة، أقول: ويتَّجه جوازُ ذلك حيثُ لا قاضٍ، وحضَر عند الأمير عالمٌ يدلُّه على الحكم فيه.

## ١٢٢٩ ـ مسألة

من ثَبَتَتْ حجتُهُ بشاهديْن فَطَلَب خصمُهُ يمينَه: لم يُمَكَّن، إلا في وارثٍ طلبَها في دعوى على ميِّته، كما سيأتي، وإلا أن يدَّعيَ سقوطَ

ما ثبتَ ببراءةٍ ونحوها، وأنه يَعْلَم فسقَ شاهده، أو عداوتَه له، أو كذبَه، أو أنه بناه على ظاهرِ الحالِ، والحقيقةُ خلافُه، وكذا من ثبتَ إقرارُه فأكذَبَ نفسَه وأراد يمينَ المدَّعي بأنَّ إقرارَه حقٌّ، كما سبق في الإقرار وهنا، إن ذَكَر تأويلاً، أو قلنا: نكولُه مع اليمين كالإقرار، وهو الأصح، وكذا من حَلَف في جوابِ دعوى لو أعادها الخصمُ وأرادَ تحليفَه لم يُمَكَّن، فلو قال المدَّعى عليه حين طُلِبتْ يمينُه: قد حلَّفني مرةً، ولم يقل: عندك، ولا بينةً، فله تحليفُهُ أنه لم يحلِّفه، فإن نَكَلَ حلَف أنه قد حلَّفني، وسقطتْ، وكذا لو قال المدَّعي لمن قد حَلَف له: إنما حلفتَ لكونك معسِراً حينئذٍ، وقد أيسرتَ الآن فاحلِفْ لي ثانياً، فله ذلك ما لم تتكرَّر، فإن نَكَل حَلَفَ هو واستحقَّ، ومن حلَّف شخصاً لإنكاره فليس له إنشاءُ دعوى مطَلَقةٍ على وارثه أو المشتري منه إن أقرَّ بأنه تلقَّاه منه أو علَّمه الحاكم، وتحليفُهُ، وكذا وارث الوارث أبداً، إلا أن يُسْنَدَ الدعوى لما بعد يمينِهِ وذكر تلقِّيه منه، فحينئذٍ له تحليفُه، فإن لم يَحلفِ الوارثُ والمشتري: حلَّف واستحقَّ، وإن ادَّعى ملكه مطلقاً، ولم يقرَّ بتلقِّيه من الحالف، ولا عَرَفَه الحاكم: فله تحليفه، لكن للوارث أن يقول: إني ورثْتُهُ من أبي وقد حلفتَه، فاحْلِفْ أنك لم تحلِّفْه، فإن نَكَلَ حلَف أنه قد حلَّف أباه وسقطتْ دعواه، ومثلُهُ المشتري.

## ١٢٣٠ ـ مسألة

الحكمُ بالملك مطلقاً يُحملُ على كونه قُبيلَ قيامِ البينة أو الحلِف، فما حَمَلَ به الحيوان أو الشجرة من حينئذٍ فهو له، ولو بين شهادةِ أحدِ الشاهدين وشهادةِ الآخرِ أو اليمين، وبين الشهادةِ والتزكيةِ، لا قبل ذلك، إلا أن يعيِّن الزمن.

## ١٢٣١ ـ مسألـة

من ادَّعى لموكِّله: فله وللموكِّل تحليفُ الخصم، فإذا نَكَلَ حلف الموكِّل وإن لم يحضُر حالَ الدعوى.

## ١٢٣٢ ـ مسألـة

الأخرسُ إن كانتْ له إشارةٌ مفهمةٌ حلِّف، وإلا انتُظِرَ إفهامُها إن كان مدَّعىً عليه، ولا يُحكمُ بنكوله ليحلِفَ المدَّعي، لأنه لم يمتنعْ، والسفيهُ يحلَّف مع شاهدٍ ويمينِ الردِّ بعد دعواه أو دعوى وليِّه إن نَكَلَ الخصمُ، ولا يحلَّف إنِ ادُّعِيَ عليه في مال، فلا تنفعُ معه إلا البينة، لأنه إن نَكَلَ وحلفَ الخصم لم تنفعْه، لأنها كالإقرار، ولا إقرار له فيه.

## ١٢٣٣ ـ مسألـة

قولُ المدَّعَى عليه: مالٌ لا يَلزمُني تسليمُهُ اليوم، جوابٌ صحيح، ويحلَّف كذلك، وله تحليفُه بعد اليوم، ولا يلزمُني إلا في الشهر الآتي كذلك، لكنه إقرارٌ به فيه، فيطالبُه به إذا دخل، وقولُه: أبرأني منه، إقرارٌ به، أو: من هذه الدعوى: فلا، ولا يَكْفي على الأرجح، أو: لي مخلصٌ منها، أو: طريقٌ إلى البراءة: لم يكفِ حتى يبيِّن، وليس بإقرار، وقولُه: برئتُ إليه منه: ليس بإقرار إلا ببيِّنةٍ، على ما نقله في «الإشراف» عن المذهب، قال الغَزِّي: وهو المتَّجه، وقد نُقِل خلافه، ولو قال: هو عليَّ ثمنُ مبيعٍ ـ ولم يَقُل: قبضتُه ـ قال الغَزِّي: لم يلزمْه، ويتَّجه أن يُسأل، فإن لفظَه إقرار، فإن قال: لم أَقْبِضه قُبل، وسئل عن تفسيره وفُصِلت القضية بينهما، فإن قال: له عليَّ تسليمُ ألفٍ له ثمنَ مبيعٍ، أو شهدتِ البينة كذلك، لم يُقْبل قوله: لم أقبضه، لأن لزومَ التسليمِ مقتضى

القبض، قال الغَزِّي: هذا المنقول، ويتَّجه استفسارُ البينة، لأن من العلماء من يَرَى إجبارَ المشتري قبلَ قبضِ المبيع.

### ١٢٣٤ ـ مسألـة

لو قال المدَّعي: أبرأتُك من هذه الدعوى: سَقَط حقُّه منها، وله استئنافُ أخرى بمدَّعاه، وقوله: شهودي فَسَقَةٌ أو كَذَبةٌ: يُبْطِلُ شهادتهم، وله إثباتُهُ بغيرهم لأنه قد يريدُ أنهم لم يعلَموه، لا بطلانَه.

### ١٢٣٥ ـ مسألـة

إذا علَّق طلاقَها على وجودِ فعلٍ منها، فادَّعتْه ليحلَف أنه لم يعلَمه، قال القفَّال: لا تصح، بل تَدَّعي أنه فارقَها، ويحلَّف، أو يَردُّ فتحلَّفُ، وسكتَ عليه الرافعي، والأكثرون ـ كما في «الأنوار» ـ على قبول دعواها وجودَ الفعلِ، قال الغَزِّي: وهو الظاهر، ورجَّحه الأَذْرَعيُّ وغيره، وهو حقٌّ.

### ١٢٣٦ ـ مسألـة

من له دَيْن على منكِرٍ أو ممتنِعٍ، فله أخذُ قَدْره من ماله ولو غيرَ جنسِهِ ظَفَراً وإن قَدَرَ على إثباته، ويملكُ ما أَخَذَه إن كان جنسَه بالأَخْذ بقَصْده، كما صوَّبه الإسنويُّ وغيره، والأذرعيُّ وَحَمَلَ عليه قولَ الشيخين، ويتملَّكُهُ أي: بَأَخْذه لذلك، ويبيعُ غيرَ الجنس ولو بوكيله، فإن عَلِم الحاكمُ حقَّه وَجَبَ استئذانُهُ بنقد البلد، لا بنفس حقِّه، وإن تحقَّقَ المصلحةَ فيه للمَدِين، بل يَشْتَريه به أو يبيعُ بنقدِ غيره، أو عُرْضٍ إن كان في الأولِ رِبا، ثم يَشْتريه به ثم يتملَّكُه، فإن كان مَدِينُهُ محجوراً بفلَسٍ

لم يأخذ إلا قِسْطَه بتوزيعِ مالِهِ على الغُرماء، ونقل الإمامُ عن المحققين جوازَ بيعِ غيرِ الجنس بنفس الحقِّ، حيثُ لا فائدةَ في توسُّطِ النقد، ومثلُه بيعِ الحاكم مالَ المفلِس إن لم يرضَ هو وغرماؤه، ويجوزُ في غيرهما بيعُ الحاكِمِ مالَ المَدِين بنفس الحقِّ، كما صرحا به وغيرهما.

## خاتمـــة

بيانُ ما لا يحتـاجُ بينتُه لـدعوى، أو لجـوابِ الخصمِ وحضوره، وما لا يتمُّ فيه إلا بيمينٍ زائدةٍ، وما لا ترتدُّ فيه اليمين، وما يمنعُ الحكمَ بعد الثبوت، وذكر الدعوى على الميت والغائب والممتنِع، ومن له عذرٌ، سيأتي بعد الشهادات، وفيها.

## فصـــل في الشهادات

شرطُ الشاهدِ: أن يكونَ عَدْلاً، لا يأتي الكبائر، ولا يُصِـرُّ على الصغائر بحيث تزيدُ على طاعاتِه، كما نصَّ عليه الشافعيُّ والجمهورُ، ولا بدَّ من علمِ ذلك للقاضي، أو بمزكِّيَيْن كما مرَّ، وفي روايةٍ عن الإمام أحمد: الاكتفاءُ بظاهر إسلامه، واختارها الخِرَقي من أصحابه، واكتفى أبو حنيفة بظاهر العدالة في غيرِ قِصاصٍ أو حدٍّ، فإنْ كان فِسْقُه بيِّناً، أو جَرَحَه الخصم بحجَّة، لم تُقْبَل باتفاقهم، قال مالك: وإذا كانوا في طريقٍ ـ أي: سفر ـ أو شَهدوا عند حاكمٍ فتوسَّمَ فيهم الخير، قَبِلهم، لئلا تتعطَّل الحقوق، قال الغَزِّي: وكذا نَقُولُ في شهود ذا الزمن لَا بدَّ من قبولهم لتعذُّر العَدْل وإلا تعطَّلتْ، قال: وَخَطَرَ لي قبولُ من اشتهر بحُسْن السيرةِ ولم تُجرَّب عليه شهادةٌ باطلةٌ، وكذا مستورٌ أجلَسَه حاكمٌ مع الشهود، وقد قال ابن أبي زيد المالكي: إذا فُقِدَت العدالةُ وعمَّ الفِسقُ

قَضَى الحاكم بشهادةِ الأمثلِ فالأمثل، قال: وهو حسنٌ، قال محمد بن سعد أبو شُكَيل: لعل الصوابَ إمضاءُ الشهـاداتِ وعدمُ التنقيبِ عن الشهود، لعموم الفسق والضرورة، وفيه إشارةٌ إلى وجود السَّتر، لا مع وضـوحِ الفسقِ لقولـه: عدمُ التنقيبِ، أي: البحثِ، وفي «فتـاويـه الكبرى»: تقييدُهُ بتحقيقِ عدمِ القدرةِ على العدْل عند الحاجة، أي: فيؤخذُ بقول الأمثل فالأمثل.

قال أبو مَخْرَمة: ويختلفُ بالحاجاتِ والأحوالِ والبلادِ، ولو قيل في اعتبار الفقد بمسافة العَدْوَى[1]، فما وُجِد فوقَها كالعَدَم: لم يكنْ بعيداً، وكذا اسْتَقْرَبَ الأذرعيُّ كلام ابنِ أبي زيد، قـال: ويحتملُ أن ينـظُرَ القاضي فيما يظنه في الحادثة بعد التقصِّي، وأن يفرِق بين فاسقٍ صدوقٍ فيعتمدَه، وذي كذبٍ وخِسَّةٍ فلا يقبلُه، وتوقَّف الشيخ عز الدين في ذلك، ثم اختار عدمَ قبوله لأن مصلحَته تُعارضُها مفسدةُ المـدعى عليـه بخـلافه في فسق الحكام فيقدم أقلهم فسقاً ومن شرطـه الرشـد فلا يقبـل محجور السفه لنفسه قاله الصيمري وأقروه والنطق فلا تكفي إشارة أخـرس مفهمة بخلاف يمينه في حق الغير.

## ١٢٣٧ ـ مسألـة

من الكبائر: شربُ الخمرِ وإن قلَّ، وكلُّ مسكرٍ من غيره مما في عصيره ماءٌ، لا قليلٍ منه لم يُسْكِر واعتقد حلَّه، بل هو صغيرةٌ، لكن يحدُّه إمامٌ يحرِّمه؛ والسرقةُ إلا القليلَ، قالالحَلِيمي: وله[2] من مسكين

(١) تقدم برقم ١١٩٨ تعريف المؤلف لها: «وهي: مَنْ يرجِعُ المبكِّرُ إليها إلى الموضع الذي بكَّر منه قبل الليل».

(٢) كذا، ولعلها: إلا من. . ، والمراد أن قليل السرقة ليس من الكبائر، إلا إذا كان من =

لا غنى له عنه؛ والقذفُ، قال الحَليميُّ[1]: إلا المتهتكةِ، أو ذاتِ رقٍّ، أو صِغَر، قال عز الدين: وإلا في خلوةٍ وحده، قالوا: وإلا جَرْحَ الشاهِدِ والراوي، وقذفَ الشائع إذا عُلم. والغَصْبُ، لا لنحوِ كلبٍ، قال جماعة: وإلا دونَ نصابِ سرقةٍ؛ وخيانةُ الكيلِ ونحوِهِ، لا الشيءِ التافهِ فصغيرةٌ. وعقوقُ الوالدين، ولا يُلحقُ بهما العمُّ والخالة وإنْ صحَّ في الصحيحين: «عَمُّ الرجُل صِنْوُ أبيه»[2] و«الخالةُ بمنزلة الأم»[3] كذا في «الأسني». ونسيانُ القرآن إن لم يمكنْه تحفُّظُه بأن غيَّبه وهو لا يعرفُ النظرَ، أو قَصَّر في تحفُّظه أولاً، ثم لم يبتدئْ في تحفُّظه، لا ما لا يَخْلو عنه الشخصُ كآيةٍ وآيتين لم يقصِّر فيها. قاله الطَّنْبَداوي، قال بعضهم: والمرادُ من نَسْيِه: حالَ تكليفه، لا في صبيٍّ ونحوه.

وضربُ المسلم، وفي غيره نَظَر إن كان له عهدٌ أو ذمة، ويَعْظُم إن كان رَحِماً، قاله الأذرعي، قال: وأطلَقَ الحَليميُّ أن الخَدْشَةَ والضربتين صغيرةٌ، وقد يفصَّل بين مضروبٍ قويٍّ وشريف وغيره، وسبُّ أحدِ من الصحابة، لا غيرهم فصغيرةٌ تَضُرُّ مع الإصرار، وعليه حُمِل حديث: «سِبابُ المسلمِ فُسوق»[4]. وتركُ الأمر بالمعروف ونهي المنكر، وليقيَّدْ

= مسكين لا غنى له عن هذا القليل، فإن من الكبائر، فمن سرق ثلاثة ممن لا يملك إلا خمسة، كان كثيراً بالنسبة إليه، أما من سرق ثلاثة ممن يملك المئات والألوف فهو قليل.

(1) على الحاشية كلمات لم تظهر.

(2) رواه مسلم في كتاب الزكاة ٧ : ٥٦ من حديث أبي هريرة مرفوعاً. والصِّنْوُ: المِثْل.

(3) رواه البخاري في كتاب الصلح ـ باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان بن فلان ـ ٥ : ٣٠٣ ( ٣٦٩٨ ).

(4) رواه البخاري في كتاب الإيمان ـ باب خوف المؤمن من أن يحيط عمله ١ : ١١٠ ( ٤٨ ).

بالكبيرة، قاله زكريا، وهو ظاهر إذْ تاركُهُ في غيرها غايتُـهُ أن يكونَ كالفاعل، وإلى ذلك أشار الأذرعي، وكذا في المعروف ينبغي أن يكونَ مما تركُهُ كبيرةٌ كالصلاة؛ وصلةِ الرَّحِمِ لذلك.

وإحراقُ الحيوان، قال في «العُبَاب»: عَبَثاً، ليَخْرجَ ما هو لدفْع شَرِّه، وما مرَّ في الذبائح في السمك والجراد؛ والوقوعُ في حَمَلة القرآنِ والعلمِ بحضْرة أو غَيْبة، قال موسى بن الزَّين: فإنِ استهزأَ بعلمِ الشافعيِّ لزمَه أن يتشهَّد، فاقتضى أن ذلك رِدَّةٌ، لأنه استخفَّ العلمَ الذي عظَّمه الله؛ ومن وطىءَ حَليلتَه ظاناً أنها أجنبيةٌ: فَسَق، دون عكسِهِ، وتُقْبل دعوى السهو ونحوه فيما يُفسِّق عمدُهُ إن أمكن؛ وأما الغِيبة: فنقل القُرطبيُّ الإجماعَ على أنها كبيرةٌ، وحُمِل على غِيبةِ قُرَّاء القرآن والعلم، كما مرَّ، قال زكريا: وينبغي إلحاقُ العَدْل بهم، وأنها صغيرةٌ في المُسِرِّ بفِسْقه، كما أطلقه صاحبُ «العُدَّة» فيها، وإن أقرَّاه، أقول: وكلامُ الغزاليِّ يُشير إلى أن ذلك في حكم شهادة الحكامِ، لكثرة اعتيادها مع التورُّع عن غيرها، لا في الآخِرة.

ومن الصغائر: اللَّعِبُ المحرَّم كالرَّقْص بتكسُّرٍ وَتَثَنٍّ ولو من النساء، قاله الحَليمي وقرَّر، وقيل: يكره، لا دونَه، بل يُباح، ولا ضربُ الدُّفِّ ولو بجَلاَجِل، بل قيل سُنَّة في العُرس، وجَزَم به جلال الدين البُلْقيني في «التدريب» في كلِّ أمرٍ مهمٍّ في الدِّين، وأخرجه عن محل الخلاف في حِلِّه كما عُلم في العرس ونحوه، ومَنْ أَدَامَ أحدَهما لهواً: رُدَّتْ شهادتُهُ، لخَرْمِ المروءة، لا ما لِذوقٍ قلبيٍّ محبوبٍ، كما يُنقل عن الأئمة العارفين فحالُهم مسلَّمة لهم، كما صرَّح به خلقٌ من أئمتنا، وبه أجاب السُّبْكي في قضيَّةٍ، كما نقله ابنه في «التوشيح»، ونصَّه الأستاذُ أبو منصورٍ في الرَّقْصِ؛ ويكره الضَّرْبُ بالقضيب على الوِسادة، والتصفيقُ بالكفين.

قال الماورديُّ والرُّوْياني: ومن يغنّي لأصحابه، وهو مُتَسَتِّر بـه، لا يأخذُ به أجراً، ولا يدعوه الناسُ لأجله: لم يَضُرَّ، فإن تَظَاهَر به وَدَعَاه الناسُ له: قَدَحَ في شهادته، وكذا إن قَصَدوه وصَارَ عادةً، والتكسُّبُ بالشعر والغِناء عادةً قادحٌ، قال ابن القاصِّ: إلا لمن يَليقُ به ذلك في الشِّعر، وقرَّراه، وألْحَقَا به الغناءَ، ويحرمُ بهجو مسلمٍ ولو تعريضاً، ولفاسقٍ لا يُرادُ زَجْره، كما رجحه البلقيني، وجوَّزه العمراني في المُعْلِنِ، وتَبعه الإسنوي وغيره، ويجوزُ لكافرٍ غيرِ معصومٍ ولو معيَّناً على المعتمد، لا كاللَّعْنِ، لجهل الخاتمة، ولمبتدِعٍ بقصْدِ زجرِهِ، ونحوِهِ كما في «الإحياء».

ومن اللَّعِبِ المحرَّمِ: النَّرْدُ، وهو لوحٌ يُثْقَبُ فيه حَفَائر تُوضَع فيها بنادقُ، يَلعبُ بها اثنان، فيكونُ أحدُهما غالباً بما يُخْرِجه الكعبان له آخِراً، ويُشبِهُ اللَّعِب المعروفَ عندنا بالياخ، وهو حُفَرٌ في الأرض يُجعلُ فيها حصىً صغارٌ كذلك، ويشبهها الحَزَّة ـ بفتح المهملة ثم الزاي مشدَّداً ـ: خشبةٌ يُحفَرُ فيها ثلاثة أسطر حَفَائر، والقِرْف ـ بفتح القاف والراء، ويقال: بكسر القاف وسكون الراء ـ: خطٌّ مربَّعٌ يُخطُّ في وَسَطه خَطَّان كالصليب، ويُجعلُ على رأس الخطوط حصىً صغارٌ، فيتلاعبان بهما بتدبير فكريٍّ، ويشبهه اللَّعِب المعروف عندنا بزرا ـ بزاي ثم راء ـ، وفيه وفي الحزَّة وجهان: صحَّح كثيرون الحرمةَ، وجَزَمَ بها في «العُباب».

قال الرافعيُّ: وسببُه أن ما يُعتمدُ فيه على ما يخرجه الكعبان أي: بلا تدبيرٍ كالنَّرْدِ فَيَحْرُم، وما على التدبير والفِكْر كالشِّطرنج: فيُكره، قال زكريا: فهو ميلٌ لترجيح جوازهما، وكذا قال الإسنوي: إنه يؤخَذُ منه، وهذا الفَرْق اعتمده الإمام، قال في «الإسعاد» كالأذرعي: ومنه يُؤْخَذُ تحريم الطابِ والدَّكِّ، أقول: وبه صرَّح غيره، كما قال شيخنا القاضي

عبدالله بن عَبْسِين، فالحاصلُ أن ما تكونُ الغلبةُ فيه بالظَّرافة: فمباحٌ، كالكُرة، والقُلَّة، والملاعبة بالأبدان، كمامرٍّ في المسابقة، وما يَعتمدُ على الذِّهن والتدبير: فمكروه، كالشِّطرنج؛ والمعروفُ عندنا بثَبَت ـ بفتح أَوَّلَيْه ـ ونحوه، وما على البَخْت والأزرقي[1] من غير رَوِيَّةٍ وفِكْر: فحرام، كالنَّرْد وما أُلْحِق به، لأنه يُشْبه الأزلام انتهى بمعناه، وذكر في «الأنوار» تحريم الدَّوَّام ـ بتشديد الواو ـ، وتَبِعه في «العُباب» وغيره، وأظنه المسمَّى بالصّوب، فإن كان مما يَتَغَالب فيه اثنان بالضَّرب به، فَيَقْمُرُ أحدُهما الآخَرَ: فظاهر، وإن كان للَّهو بلا مغالبة: فالظاهر حِلُّه إلا أن يردَ نصٌّ صريحٌ بالحرمة، وقد نصُّوا على حِلِّ المسابقة بمعرفةِ ما في اليدِ من شَفْعٍ أو وترٍ إذا لم يكن قمارٌ، كما مر فيها، وأما ما كان فيه قمارٌ بأنْ يلتزما شيئاً أو يُخرجاه منهما لمنْ غَلَب: فحرامٌ في كلِّ لعبٍ بنصِّ القرآن، وهو الميسر، قال ابن عباس رضي الله عنهما: كلُّ لعبٍ فيه قِمَارٌ فهو من المَيْسر، حتى لعبُ الصبيانِ بالجَوْز والأَكْعاب، فإنْ أخرجه أحدُهما فقط أو أجنبيٌّ لمن غَلَب لم يَحْرُم، لكن لا يلزمُ، فلا يحلُّ أَخْذه، ويجبُ ردُّه، ويحرمُ اللَّعِبُ بما في آلته صورةُ حيوانٍ مطلقاً غيرَ لُعبِ البنات.

## ١٢٣٨ ـ مسألة

لا تُقْبَلُ شهادتُهُ لأصلٍ أو فرعٍ ولو على مثلِهِ أو أقربَ منه، وأفتى ابن عبد السلام بجوازه، واستثنى بعضُهم مسألةً ذكرناها آخرَ الكتاب في عِتْق أمِّ الولد؛ ولا على عدوِّه، وتقبلُ على الأَوَّلَيْنِ، وللآخر، ولا تَضُرُّ العَداوة لله تعالى بالإخلاص، ولا لكونه من بني فلان إلا أن يقعَ فيهم

---

(١) كذا هي في الأصل؟ والمعنى واضح من السياق أنها كلمة اصطلاحية محلِّيَّة بمعنى: الخطأ.

أو يجمعَ من يُعَاديهم، وحيثُ أَظهَـرَها واحـدٌ دون الآخر رُدَّ الأولُ، وللمدَّعي إشهادُ أصلٍ وفرعٍ وعدوٍّ وفاسقٍ في استخراجِ حقٍّ حيثُ جهلهم الحاكم، فلا إثمَ على أحدٍ منهم، كما اختاره ابن عبد السلام والأذرعيُّ، قال: بل ظاهرُ عبارةِ من جوَّزه الوجوبُ، ونقل شُرَيح فيها في العدوِّ والفاسقِ وجهين.

ومثلُ الشهادةِ لهم وعليهم بالشيء: أن يَشهدَ بما يعودُ منه نفعٌ أو ضَرَرٌ إليهم، كالتعديل والجرح، والشهادة بزنا زوجةِ أبيه أو ابنه، بعدَ قذفِ الزوجِ لها، لأنها تدفعُ عنه الحدَّ، فإن لم تَطْلُبُه جاز أن يَشهدَ به حِسْبة، وشهادتُهُ على أبيه بطلاقِ أمِّه أو حرمتِها برضاعٍ بعد دعواها ذلك، وتُقْبل حِسْبةً، وشهادتُه أن أباه طلَّق زوجتَه بائناً من مدةٍ ليدفعَ نفقتَها، أو بعد موته وأمُّه في زوجيَّة الأب، لدفع مشاركتِها في إرثه، وتقبلُ بمجردِ طلاقِ ضَرَّةِ أمِّه في حياة الأب، وفي دعوى لأجنبي ادَّعاها الأبُ بتوكيله، كما لو شهدَ معه في قضيَّةٍ، كما أفتى به ابن الصلاح، وبمالٍ لبيتِ المال ادَّعاه الأب وهو الإمام، كما قاله الماورديُّ وقرَّروه، لعموم ذلك، فعُلِم من التعليل أن لو كانَ الأبُ قَيِّمَ ضعيفٍ، فادَّعى له: لم يُقْبَلْ فرعُهُ فيه، لأن فيه تتميماً لقولِ الأب وإثباتِ سلطنةٍ له.

ولو شهد أن أباه وكلَّ زيداً في كذا، جاز على الأصح، لأنها شهادةٌ على الأب، وتجوزُ شهادةُ منفيٍّ بلعانٍ لنا فيه، ولو شهد لبعضه وأجنبيٍّ: قُبِلت في حقِّ الأجنبي، واحتمل الزركشيُّ منعَها إن قدَّم ذكرَ البعضِ وَعَطَفَ الأجنبيَّ عليه، لأنه عطفٌ على باطل، كقوله: نساءُ الناسِ طوالقٌ وزوجتي؛ ولو ادَّعى شراءَ شيءٍ من زيد فأنكر، فشهد اثنانِ بذلك، فأثبتَ زيدٌ أن المدَّعَى كان بيدِ أبيهما مضموناً، وأنه باعه لهذا المدَّعي، قال القاضي ابن عَبْسِين: اندفعتْ شهادتُهما، لأنهما يدفعان بها ضمانَ الأب

لزيد. انتهى. ويقيَّدُ بما إذا لزمَ الأبَ فيه أجرةٌ أو أَرشُ نقصٍ ونحوه، ولو ادَّعى شيئاً بيد زيد، وشهدا بأن المدَّعيَ اشتراه من أبيهما بعد أن اشتراه الأب من زيد: قُبِلت، لأنها للأجنبي، ولم يَدَّعِ زيد شيئاً على الأب، ولو شهد لزوجِ بنته بمالٍ أو نسبٍ، وله منها أولاد: قُبِلت، وإن دخلوا فيه تبعاً لأبيهم، كما أفتى به شيخنا الفقيه أحمد با فضل، قال: ولا يختلِف فيه فقيهان، فلو وقعت الشهادةُ به لهم بعد موته: لم تقبل، كمن شهدَ برؤيةِ هلالِ شوَّال وقد أكلَ نهاراً: فلا تُقْبل، بخلافه قبل الأكل.

ولو عَادَى من سيشهدُ عليه: لم يؤثِّر؛ والقاذفُ بالزنا، ومن ادَّعى قطعَه الطريقَ: عدوٌّ للمقذوف ومدَّعي قطعِهِ عليه وإن لم يظهرْ منهما بغضٌ، كما نُصَّ عليه، فلا يُقْبل أحدُهما على الآخر، إلا أن يقذِفَ من شهد عليه بعد الشهادة فلا يؤثِّر، ولا تُقبلُ شهادةُ عدوٍّ شخصٍ بدَيْن على مورِّثه بعد موته على أحد وجهين اختاره الأذرعي، ومال إليه الغَزِّي والمُزَجَّد، وقال زكريا: إنه الأوجه، والثاني: تُقبل، وبه أفتى عز الدين، ولا تُقبل شهادتُهُ بما يجرُّ إليه نفعاً، أو يدفعُ عنه ضُراً كَلِمُكاتَبه، وغَريمه الميت، أو المحجورِ بفلَس؛ لا قبلَ الحجر، وإن أَعْسر، وكَلِمَحْجُورِه، ومن وكيلٍ ووصيٍّ بما يَشْمل ولايتَهما، وشريكٍ قال: أشهدُ أنه لنا، أو بيننا، فإن قال: لي ولزيدٍ، أو إنَّ نصفَ ذاله: قُبِلت لزيد، إلا أن يَستلزمَ شَرِكَةَ الشاهد: بأنْ يدَّعيَ إرثاً لمورِّثهما، هذا ما اعتمدوه مِن إطلاق مَن أطلق الجوازَ أو المنعَ.

قال في «الأنوار»: وكشهادته على عمِّه بما يُوجِب القَوَد، أو بالزنا ـ وهو محصَن ـ لتُهمتِهِ بجرِّ إرثه، قال المُزَجَّد: وفيه نظر، وكشَريكٍ ببيعِ شِقْصٍ له شُفْعتُهُ، إلا إن عَفَا عنها قبلُ، ووديعٍ ومرتَهَن بما معهما للمودِعِ

والمرتَهِن، أما لأجنبيٍّ فتقبَلُ، وكغاصبٍ بما غَصَبَه من شخص لآخر ولو بعد ردِّه أو تَلَفه، إلا أن يتوبَ ويُصْلِح بعد الردِّ، ولم تكن في رَقَبَته جنايةٌ حين كان بيده، فلو كانت أرضٌ بين اثنين كلٌّ على نصفها فادَّعاها شخصٌ وأثبتَ، فشهد أحدُهما للآخر أنه اشتَرَى ما بيده من هذا المدَّعي: قُبِلتْ، إذْ لا يَدَ له فيه، فيكون دافعاً لضمانه، ودعوى الغصبِ عليه بمجرَّدها لا يقدحُ إلا بحجة، فلو كانت كلُّها بيد الشاهد في حالِ شهادته ولو أميناً للآخر: لم تُقْبل لدفعِهِ الضمانَ عن نفسه، كذا أفتى بذلك القاضي ابن عبسين، ونصَّ الأئمةُ على أنه لو ادَّعى اثنانِ عيناً كلٌّ نصفَها بوصيةٍ ونحوها، وشهد له الآخَر: أنها تُقْبَل منهما على الأصح، فيجيءُ مثلُه في مسألتنا، وحيثُ لا يَدَ، ولو اقتسم جَمْعٌ أرضاً، وانفردَ كلٌّ بحدٍّ فتَشَاجَرَ اثنان في حدٍّ بينهما فقط، قال ابن عَبْسِين: لم تقبلْ شهادةُ الآخَرين للشركة المتقدِّمة ودَفْعِ ضرر الفَسْخ لو وَقَع انتهى، والأَوْلَى تعليلُه بأن الشاهدَ يشهدُ على فعلِ نفسِهِ، فإنه من أهلِ القسمةِ، كما لو شهد أنه باعَ هذا زيدٌ وعمرُو: بينهما ـ وقد تَداعياه ـ فلو شهد بإقرارِ أحدِهما للآخَر، أو تملُّكِه من غير تعرُّضٍ للقسمة: قُبِل، وكذا لو شهدَ عتيقان لمولاهما: أن هذا غَصَبَنَا من أيام رِقِّنا مدةً عيَّناها لها أجرةٌ، إذْ لا نفعَ لهما بذلك، قاله المُزَجَّد.

ولو شهد أني رأيت الهلال الليلةَ: قُبِل، وَكَفَى، صرَّح به القفَّال المروزي وابن سُرَاقة وغيرهما، قال السُّبْكي: قَطْعاً، لأن الرؤيةَ إدراكٌ حاصلٌ ـ كالعلم ـ لا يزيدُ بفعله، لا كقول الحاكم والقاسم: حكمتُ وقسمتُ، بل في هذا بيانُ اليقين، قال: فلو قال: أشهدُ برؤيتي له: فكذلك، أو برؤيته ـ ولم يذكر نفسَه ـ فَيَحْتَمل حملَه على ذلك وأنه يكفي، ويحتملُ منعَه لاحتمالِ رؤيةِ غيره، والأظهرُ: قبولُهُ لما في لفظ

الشهادة من معنى المشاهدة، كما لو شهد بالبيع، ونحوهِ يُحْمَلُ على حضوره، وإن أمكن أخذُهُ من واسطة، وكذا لو قال: أشهدُ أن الليلةَ أول الشهر، لأن جزمَه به ـ مع عدالته ـ يمنعُهُ من اعتماد الحساب أو خبرٍ غيرِ متواتر، وبذلك جزم ابن أبي الدم، ويَحتملُ المنعَ، فلو شهد أنه رُؤِيَ ـ بصيغةِ ما لم يسمَّ فاعلُهُ ـ فَيَحْتمل ويَحْتَمل، لأن بناءَ الفعل للمجهول يُبْعده عن المتكلِّم. انتهى. وسبق فيه شيء أول الصوم.

وقوله: أشهد أني سمعتُهُ يقرُّ: كقوله: رأيته، ولو قال: إني حضرتُ عقدَ نكاحِ فلانٍ وفلانةٍ إلى آخره، قال ابن أبي الدم: فلا يَبْعُدُ تصحيحُه وإن كان الأصوبُ أن يقول أولاً: حضرتُهُ. . . إلخ، وبذلك أشهدُ، قال: ويقولُ الشاهدُ على الإقرار: إن زيداً أقرَّ، لأنه المشهودُ عليه، ولا يقول: أشهدُ على إقراره، قال السبكي: والأولُ صحيحٌ، والصوابُ صحةُ العبارة الثانيةِ، كما تدلُّ عليه عبارة الشافعي وغيره، وقال تعالى: «وشَهِدَ شاهدٌ مِنْ بني إِسْرائيلَ على مِثْلِهِ» انتهى بمعناه، وفي الأذرعيِّ في الأخيرة نحوه، وفي «العُباب» في الاكتفاء بأني حضرتُ العقدَ: نَظَرٌ، أقول: وجهُ احتمالِ المنعِ أن الحضورَ لا يَستلزِمُ السماع، ولكنْ مقتضى كلامِ السُّبْكي السابقِ ترجيحُ الاكتفاءِ، لجزمه بجريانه؛ ولا تُقْبل من مشترٍ شراءً فاسداً بالمبيعِ بعد قَبْضِه لغير بائعه إلا بعد الردِّ، ولا يصحُّ في شراءٍ صحيحٍ به ـ وقد فُسِخ البيعُ ـ لبائعه، حيثُ ادَّعى آخَرُ مِلْكَه لزمنٍ وقوعِهِ في يدِهِ وأَثبتَ، لأنه يدفع ضمانَه عن نفسه وأجرتَه، ويتضمَّنُ إبقاءَ غَلَّته له، ويُقبل إن لم يذكُر قِدَمَ ملكه، لأنه يَقْتضي الملك في الحال لا قَبْلُ.

وشهادة مَدِينِ ميتٍ بموته وإن كانت تَنقلُ الحقَّ لوارثه، لأنه خليفته، لا شهادتُه بابنٍ له كان مجهولاً، والوارثُ الظاهرُ أخوه، فلو أَثبتَ شخصٌ بإخوته، فشهِد المَدِينُ بابن له: لم يُقْبل، لنَقْله ما قد استحقَّه الأخُ عليه

للابن، بخلاف شهادته بالابن قبلُ: فَيُقْبل، وكذا معاً إن اتَّفق فيما يظهر، لأنه لم يلزمْه له بعدُ، ومِن هذا يُؤْخذُ أن الوصيَّ لو شهد أن المالَ الذي بيده وصيةٌ لعمرٍو وقد سبقه زيدٌ بإثباتِ كونه وصيةً له لا تُقبل من الوصيِّ، لأنه يَنقُل ما وقعتْ يدُهُ عليه، بخلاف ما لم يكنْ في يده، أو سبقتْ به شهادتُه، إذْ لا تُهمةَ؛ وتُقبلُ شهادةُ فقيرٍ بوصيةٍ للفقراء، إذْ لا يتعيَّن لها، إلا لفقراء بلدةٍ وهم محصورون، فإنْ أطلقَ الفقراءَ وهم محصورون في بلدةٍ دَخَل فيه، فللوصيِّ إعطاؤه، كما ذكره البغوي في «تعليقه»، وبحثَ ابن أبي الدم منعَه، ولم يقيِّده بالحصر، وكالوصيةِ الوقفُ، كما يؤخذ من كلامهم.

## ١٢٣٩ ـ مسألة

أفتى بعضُهم بأنه لا يقدحُ في الشاهد جهلُه بعددِ فروضِ الصلاةِ إذا كان يُصلِّيها في أوقاتها، قال زكريا: ويقدحُ جهلُ أركانِ الوضوءِ والصلاةِ أصلاً، وتوقُّفُ الشاهدِ وشكُّه فيما شهدَ به قَبْل الحكمِ به يمنعُهُ إلا أن يعودَ ويقول: تحقَّقْتُه، ويعيدُ الشهادة، فإن لم يذكُر توقُّفَه لكنْ قال للحاكم: توقَّفْ عن الحكم: تَوَقَّفَ. فإن عاد وقال: لم تبقَ ريبةٌ، حكمَ بما مرَّ بلا إعادة، كما رجَّحه في «الروضة» وغيرها في باب الرجوع عن الشهادة، ولو ثبتَ أن الشاهدَ قال: لا شهادةَ لي في هذا الأمر، رُدَّتْ شهادته، كما أفتى به القاضي حسين وغيره، فلو قال: كنتُ نسيتُ: ففي قبوله وجهان، قال زكريا: فإن كان ممن اشتهرتْ دِيانته، فالظاهرُ قبولُهُ، فلو أمكن حدوثُ الشهادةِ بعد قوله: قُبِل؛ ولو شهد بعقدِ بيعٍ وقال: لا أعلم كونَه للبائع عند العقد ولا في يده، ثم عاد وقال: تبيَّنْتُ أنه كان له: لم يُقْبل، قاله القاضي، وعن القفال ما يخالفه، وينبغي قبولُهُ ممن اشتهر بحسْن السِّيرة، كما قال زكريا في الأولى.

فلو شهد فرعان عن أصلٍ فثبتُ توقُّفُه قبل الحكم: وُقِّفَ؛ وقولُ الشاهدِ قبله: أنا فاسقٌ: يُبْطِلها، وكذا: أنا مجروحٌ، أو غيرُ عدلٍ، وإن لم يذكُر سببَه. قاله الماورديُّ والرُّوْياني، وقرَّره في «أدب القضاء»، وَجَزَمَ به زكريا في «مختصره»، ونقَلَه الأزرقُ عن العمراني، وَنَقَل عن أبي بكر بن جعفر بن شيخ زيد اليَفَاعي أنه لا يقدحُ فيها، وكذا عن الرُّوْياني ما لم يبيِّن سببَه، قال المُزَجَّد: وهو أقومُ إلا لمن يَعرفُ سببَ الجرح، وإذا أَخبرَ الحاكمَ عدلٌ برجوعِ الشاهدِ: توقَّف عن الحكم إن ظنَّ صدقَه، ولو أُخبرَ الشاهدُ بما يُضَادُّ شهادته لم يلزمْه تركُها، وهل يجوزُ إن ظنَّ صدقَه؟ وجهان، ورُجِّح منعُه، قال الغَزِّي: ولا بأسَ بترجيحِ الجواز، ومن أقرَّ بشربِ شاهدِهِ الخمرَ لوقتٍ لا يسعُ التوبَة والاستبراءَ: لم يُقْبل، ولو قامتْ بينةٌ بأن الشاهد اشترى ما شهد به من المشهودِ له، أو بإقرارِ أحدِهما بذلك، أو أنه جَعَل له شِرْكاً[1] فيه، أو جُعْلاً بشهادته، أو أنه وكَّله فيه فقَبِل: رُدَّتْ شهادته، إلا أن يثبتَ عزلُ الوكيلِ قبلَ الشهادة.

ومن أقرَّ بما يُوجِبُ حداً ليحدَّ ويخرجَ عن جُرمه وهو خفيٌّ وتاب: لم يُحْتَجَّ في قبولِ توبته لاستبراءٍ، لظهور ديانته، ذكره الرُّوْياني وغيره، قال الإسنويُّ: وهو ظاهرٌ، وأقرَّه زكريا، وَجَزَمَ به في «العباب»، قال شيخنا: والتوبةُ مما يخلُّ بالمروءة: يقدَّرُ استبراؤُها بسَنَة، كالمعاصي، قاله في «التنبيه» وقُرِّر، وحيثُ أَطلقَ العدلُ الشهادةَ على وجهها: حَكَمَ القاضي بها وإن بقي في قلبه رِيبةٌ، كما في «المحرَّر»، نعم إن لم يَثِقْ بعقلِ الشاهدِ وبحفظِهِ: استفسره ندباً، كما في «الشامل»، وقيل:

(١) في الأصل: شركاء!.

يجبُ، ويفرِّق الاثنين، فيبحثُ عن سببه، فإن لم يُخْبره به وفيه غفلةٌ: توقَّف، وإلا أمضاه، قال الغَزِّي: والأَولى الاستفسارُ، يعني: فيمن لم يُعْلَمْ تثبُّته، لاختلاف العلماء في الملزمات، وقد قال الإمام والرافعيُّ: غالبُ شهادةِ العامة يَشُوبُها جهلٌ يُحْوِجُ للاستفسار، وفي «شرح مسلم»: إذا جُرِح الشاهدُ بلا بيانِ سببه ـ أي: بعد أن عُدِّل ـ تُوُقِّفَ فيه، أقولُ: ولعله فيمن سُئِل ولم يَظْهر صدقُه ونحوه، لعموم كلامهم في اشتراط بيانِ السببِ، وتَرْكِهِ ريبةً بلا مستند.

## ١٢٤٠ ـ مسألة

لا تقبلُ شهادةُ مبادِرٍ بها قبلَ طلب المدَّعي منه، فإن أعادها بعده: قُبلت ولو في ذلك المجلس، ومن رَجَعَ عن الشهادة، ثم عاد إليها: لم تُقَبل، كما لو جُرِحَ ثم شَهد، قاله القاضي، وتقبلُ من محتسِبٍ لتحمُّلها ممن لا يعلَمُهُ، ويندبُ أن يُخبره بعدُ، وتجبُ على من قال له الخصمان قبلُ: أَحْضُرْنا ولا تَشهدْ ـ إذا طَلَبها من هي له ـ، وكذا تُقبل الدَّعوى حِسْبَةً بحدٍّ لله تعالى، وتركُها أحبُّ إلا أن يَضرَّ تركُها غيرَه فتجب، وبحقِّ الله تعالى كزكاةٍ وكفارةٍ وحجٍّ على ميت، وما لَه فيه حقٌّ مؤكَّد وهو ما لا يتأثَّر برضا الآدمي كرضاعٍ، وطلاقٍ، وعتقٍ ولو لأحدِ اثنين مبهماً، لا مالِ خُلعٍ ولا تدبيرٍ وتعليقٍ وكتابةٍ قبلَ حصولِ عتقها.

وتصحُّ بعده بوصيةٍ عامةٍ، ووقفٍ عام، أو لنحو مسجدٍ ولو في آخره: كَعَلَى وَلَدَي، ثم ولدِهِ، ثم الفقراء، وأنكره من قبلَهم، أو وارثُهُ، كما أفتى به البَغَوي وتَبِعوه، وبنسبٍ ولو من الأمِّ، وتمامِ عِدَّة وبقائها، وحرمةِ مصاهرةٍ، وبلوغٍ، وإسلامٍ، وكفرٍ، وعفوِ قَوَدٍ، وإحصانٍ، وجَرحٍ بعد الشهادة بفسقٍ وتُهمةٍ ونحوهما، ولو عند غيرِ قاضيها بعد دَعوى المشهودِ

عليه له، وذِكرِه أنه شهد عليه ليثبتَه، فيبطُلُ ما شَهِد به، كما أفتى به موسى بن الزَّين، وكذا تعديلٌ لكن بعد طَلَب القاضي، كما قاله القاضي حسينٌ، وقُرِّر. ويتعيَّن عليه إن جاء المدَّعي بمن يزكِّي أولاً أن يبحثَ إن أمكَنَه، وبسَفَهِ شخصٍ وإن لم يحضرُ، وللقاضي الحجرُ عليه في غَيبته إن كان في ولايته، والأرجحُ عند الغزالي وصاحبِ «الحاوي الصغير» والغَزِّي وابن المُقْرِي بثبوت طلاق الخلع بها، كما جزم به القاضي ومنعه[1] الإمام، ولم يرجِّحا شيئاً، وتصحُّ بحقٍّ مسجدٍ، وأخذِ شيءٍ من أجزائه ونحوه.

ثم شرطُ صحتها: أن تقولَ البينةُ للقاضي: عندنا شهادةٌ، أو: نشهدُ بكذا على فلان، فأَحْضِرْه لنشهدَ في وجهه، وذكر القفَّال ما مقتضاه: أنها لا تُقبلُ إلا عند الحاجة إليها، فلو شهدا بعد طلاقِ امرأةٍ برضاعٍ يحرِّمها على المطلِّق: لم تُقْبل إذْ لا فائدة فيها، إلا أن يريدَ تجديدَ نكاحِها، والظاهرُ تقييدُهُ بالبائن، فإن الرجعيَّة كالزوجة في أحكام كثيرة، قال: ولو شهدا بعتقِ عبدٍ: لم يَجُزْ إلا أن يكون المعتِق يَسْتَرِقُّه، وأقره الشيخان ومَن بعدهما وقالوا: إنه يُفهَم بالأخيرة اشتراطُ الحاجةِ لقبول شهادة الحِسْبة، قال الغَزِّي ـ ومثله الجُرْجاني ـ: لا يجوزُ التسجيلُ بالفسق، لقدرةِ الشاهِدِ على إبطاله بالتوبة، وهو محمولٌ على عدمِ الحاجة إليه، لا في ماضٍ ينفعُ فيه، أي: كما سبق فيما نقلناه عن ابن الزَّين، فالمتَّجه جوازُ التسجيلُ به، وإطلاقُ اشتراطِ الحاجةِ غيرُ متَّفَق عليه، فقد أفتى ابنُ الصلاح بقبولها بإعتاقِ حاضرٍ أو غائبٍ أو ميتٍ عبدَه حِسْبةً وإن لم يَطْلُبها، وأنه يُحكَم بها وإن لم يحلِف إذا لَاحَظَ الحِسْبة، وهذا هو الأصح.

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: وتبعه».

ومن الحاجة: قطعُ سَلْطَنة الرِّقِّ، لا كما اشترط القفَّال من استرقاقه بالفعل، وكذا قال الأصحاب: لو وكَّل من يطلِّقُ زوجتَه، ففعل، ثم أنكر الزوجُ: : وَجَبَ على الوكيل أن يَشْهَدَ حِسْبَةً بطلاقها ولا يقولُ: بقولي، ولم يشترطوا عِشْرتها، نعم ما ذُكِر في مسألة الرَّضاع مُسَلَّمٌ، ولو أرادت التزوُّجَ برجُلٍ فشهد وليُّها برضاعٍ محرِّم بينهما: قُبِلت إن لم يَسْبِقْ منه عَضْل، ومثلُهُ شهادتُهما أن هذا يومُ عيدِ الفطر: إنْ أَكَلَا فيه قَبْلها لم تُقْبل، وإلا: قُبِلت، قاله القفال، ولا تقبلُ شهادةُ الحِسبة بحقٍّ آدميٍّ بل يُخْبره إن لم يعلَم بها ليستشهدَه إن أراد، والظاهرُ وجوبُ إعلامِهِ حينئذٍ إن عَلِم حاجتَه إليها، وفي «فتاوي القاضي»: إذا ادَّعى بعضُ أقرباءِ الطفلِ أو جيرانِهِ على وصيِّه أنه أتلَفَ له مالاً ـ أي: أوْ خانه ـ محتسِباً عند حاكمٍ: فله تحليفُه إنِ اتَّهمه، واستحسنه الأذرعيُّ والغَزِّي قالا: وإذا كان له تحليفُهُ فله إقامةُ البيِّنة به، بل أولى، قال الأذرعي: وحسنٌ أن يأذَن له الحاكمُ في الدعوى، ويتعيَّن عند ظهورِ أمارةِ صِدْقه وعِلْمه بخَلَل الوصيِّ أو جَهْل حاله.

## تتمـــة

جَزَمَ الشيخان في الدَّعاوي بمنْعِ الدعوى حِسْبةً بما تُقْبَل فيه شهادتُها، للاستغناء عنها بالشهادة عنها، وهو قولُ القفال، ونسبَه الإمام إلى العراقيين؛ ورجَّحه الإسنوي، وَذَكَرَا في الباب الثاني من السَّرقة، وفي آخر القضاء على الغائب ما يقتضي جوازَها، لأنه قد يقرُّ فيحصُلُ المرادُ، وهو قولُ القاضي وصحَّحه البُلْقيني، قال زكريا: أي: في غيرِ الحدودِ، كما ذَكَرَ الأئمةُ مَنعَ الدَّعوى بها، وهو المعتمد، فإن تعلَّق بها حقُّ آدميٍّ كسرِقة لم يرتدَّ مالُها: قُبِلت، كما صرح بـه ابن الصباغ

والبَنْدَنيجيُّ والماورديُّ وغيرهم، لا بعد ردِّه ونحوه، لتمحُّض الحدِّ فيه. انتهى، فإن قيلَ بالمنع قَبْله: فذلك حيثُ لم يُقِمِ الحاكمُ مَنْ يدَّعي غيرَ الحدِّ، فإن أقامه صحَّتْ بلا كلامٍ، كما سيأتي في مسألة: ما لا ترتدُّ فيه يمينُ المدَّعى عليه، وكذا ذكروا في باب التدبير أن لأمٍّ ولدِ الأصلِ رقَّه، ولغيرها أن تدَّعيَ على سيدها إعتاقَه وإن كانت قِنَّةً بطريق الحِسْبة، وكذا أنه مدبَّر مع دعوى عِتْقه به.

## ١٢٤١ - مسألة

لا تقبل الشهادة بالنفي كقوله أنه ليس لفلان وأنه لم يأت بكذا، ونحوه، إلا أن يكون محصوراً كأن يقولَ لزوجته: إن لم تكوني في الدار اليومَ فأنتِ طالق، فتشهدُ بينةٌ بأنها لم تكنْ فيها اليومَ، وكشهادتهم أن زيداً لم يكن بمكة مدةَ كذا، وكأن تقومَ بيِّنةٌ بتصرُّفه وقت كذا، فتقومُ أخرى بأنه كان ساكتاً ذلك الوقت، فيتعارضان، كما ذكره في «الروضة»، قال النوويُّ: فالصواب قبولُها بالمحصور. وإن لم تكن حاجةٌ، لا كما علَّله بعضهم بها.

## ١٢٤٢ - مسألة

يُشترطُ بيانُ صفةِ المشهودِ به وسببِهِ في أشياء:

منها: الردَّةُ، على ما قاله القفَّال والماوردي وكثير، وصحَّحه المتأخرون واتهمه كلام الروضة في باب تعارض البينات وقال زكريا أنه الأوجه والذي صححه الشيخان الاكتفاءُ بإطلاقها، ونقلاه عن الإمام، قال الإسنوي: وهو بحثٌ له، قال الجلال البُلْقيني في «التدريب»: ومحلُّه في شهادة غيرِ الخارج[1]، أما فيه فَيُشْتَرَط قطعاً أي: لأنه يَرَى فعلَ الكبائر ردَّة.

---

(١) يريد الواحد من فرقة الخوارج المعروفة.

ومنها: الإكراه، وكذا في دعواه قاله ابن عبد السلام وغيره، وأفتى الغزاليُّ وغيرُه بالاكتفاء بالإطلاق من فقيهٍ لا تَشْتبه عليه، قال الغَزِّي: أي: موافقٍ في المذهب، قال: والأقربُ اشتراطُهُ مطلقاً، لاختلاف المذهب فيه.

ومنها: السَّرقةُ، إلا أن يقصِدَ المسروقُ منه مجردَ التغريم. والرُّشْدُ، وانقضاءُ العِدَّةِ، والرضاعُ، والقتلُ، وكلٌّ مختلـفٍ في تفصيل موجَبه كالطلاق لاختلافهم في صريحه وكنايته، قاله في «الأنوار»، وكالبلوغ بالسِّنِّ لذلك، بخلافها بالبلوغ مطلقاً فتقبَل، جَزَم به الغَزِّي وزكريا والمُزَجَّد.

ومنها: الشهادةُ بأنه وارثُ فلانٍ، ببيانِ جهتِه بجميع وصفها، وبأنه من مستَحِقِّي وقفِ كذا، وكذا أبنه له نَظَرُه، كما أفتى به ابن الصلاح، وبأنه يستحِقُّ الشُّفعةَ في كذا بسببه، ونقلُ المشفوعِ بِعِوَضٍ إن لم يعلم، وبالجَرْح كما عُلِم، ويكون[1] المتصرِّف زائلَ العقـلِ، قالـه الدَّبيليُّ، وكذا في دَعواه وفي النكاح فيهما، وكذا في شراءٍ ونحوه من غيرِ ذي اليدِ بأنه ملكُهُ عند العقد، أو في يده، أو سلَّمه على ما عُرِف، ودعوى مَنْ أقرَّ بشيءٍ لغيره أنه له لا بدَّ من ذِكْر عودِهِ له فيهما أي: دعواه، أو الشهادةِ به، وكذا بيانُ المَصْرِف في الوقف والوصية، ويَكْفي في الوِصاية أنه وصيُّه في وصاياه مجمَلة، وإذا أرادَ الموصَى له كما لَها فيما ادَّعاه عيَّن مدَّعاه وأنه في مِلْك الموصي أو يدِه حتى مات، ثم يَنظُرُ أيخرج من ثلثه أم لا، ولو شهد ببراءته من دَيْن فلان، قال الهَرَوي: فلا بدَّ من بيانِ سببها، وظاهرُ كلام الغَزِّي ترجيحُه، وقال العَبَّادي: يكفي مطلَقُهُ، قال في «العُبَاب» وهذا أقربُ.

---

(١) كذا، ولعل صوابها: وبكَوْنِ.

## ١٢٤٣ - مسألة

باع شيئاً فشهد اثنانِ أنه وقفٌ عليه، ولم يصدِّقْهما العاقدان، بقيَ للمشتري قاله الأصبحي، قال: وكذا لو شهدا بوقفيَّته على مسجدٍ ولم يعيِّنا الواقف، أقول: وتبقيتُه في الأُولى لأن الشهادةَ بالوقف لمن باعه، وهو لا يَدَّعيه، والشهادةُ فيها حِسبةٌ ممنوعةٌ لأنها لمعيَّن خاص، فلو قالا: وقفٌ عليه، ثم على أولادِهِ، ثم الفقراءِ: قُبِلتْ لانتهائها بالآخِر إلى جهةٍ عامةٍ، كما نقله الشيخان عن القفَّال وأقرَّاه، وَسَبَقَتْ قريباً عن «فتاوي البغوي» وغيره، ويَنْزِعُ المدَّعي، قالوا: وتُصْرَفُ غَلَّته للبائع إن أكذبَ نفسَه، ولا يُوقَفُ، فإذا مات صُرِفَ لأقربِ الناسِ إلى الواقف، وما فاتَ بيدِ المشتري في حياته[1]: لا رجوعَ له فيه، قاله الغَزِّي في «فتاويه».

فلو قال الشاهدان: وَقَفَه عليه أبوه، واشترطْنا قبولَه عند علمه، فينبغي إبقاءُ البيعِ إن لم يصرِّحا بقبوله، ومن هنا يُؤخذُ الاكتفاءُ لثبوتِ الوقفِ بشهادتهما أنه وقفٌ عليه من أَبيه مثلاً، وكأنهما صرَّحا بالقبول لجزْمِهما بثبوته، وأما منعُ الشهادة بوقفيَّتِهِ من غيرِ ذكرِ الواقفِ: فهو ما جَزَمَ به القفال، كما نقله الغَزِّي، قال: وقال ابن الصلاح: ينبغي ثبوتُ الوقفِ به، وهو أصح، أقولُ: وهو ما أطلقَه الأئمةُ في صحةِ إقرارِ ذي اليدِ بالوقفِ، وثبوتِهِ بهذا اللفظ.

## ١٢٤٤ - مسألة

من رُدَّتْ شهادتُهُ لكفرٍ أو رِقٍّ، ثم أسلمَ وشهد: قُبلت، إلا أن يكون مُسِرّاً بكفره، ومن رُدَّتْ لفسقِهِ، ثم تاب وأعادها لم يُقْبَل، إلا أن يُصْغيَ القاضي للأُولى لأنه معلِن به، فهي كالعَدَم كما في الشرحين و«الروضة»

(١) على الحاشية: «في نسخة: في ضمانه».

أنه ينبغي أن لا يُصْغي لها، ذكره في «الأسنى» قال القاضي المُزَجَّد: ومثله المتظاهرُ بعدم المُرُوءَةِ، قال الفقيه إسماعيل الحضرميُّ: فلو شهد الشاهدُ بخلاف الدَّعوى، فلم يُقْبَل، ثم عاد وشهد على وَفْقِها قبلُ، ولا يقْدح فيه ما مضى، وفي المعتمد: إذا زاد الشاهدُ فيما شَهِد به، أو نَقَصَ منه قَبلَ الحكمِ: فلا نصَّ فيها، وقياسُ المذهبِ قبولُها.

## ١٢٤٥ ـ مسألة

يجوزُ للشاهد اعتمادُ الاستفاضةِ في أمورٍ منها: الجرحُ، والتعديلُ، والنَّسَبُ وإن لم يُدْرِك المنسوبَ إليه، بشرطِ أن لا يُنْكِرَ هو ذلك ولا يَظْهَرَ فيه طعنٌ، فلو شهد شخصٌ بنسبِ آخَرَ إلى ميتٍ لم يُدْرِكْه الشاهد وجَزَم به: قُبِلت، فلو شهد آخران أدْركاه أنه كان يُنْكِره: بَطَلَت الأُولى، لأنا نعلم أن مستَنَدَها الاستفاضةُ، لكونها لم يُدْرِكاه، كذا أفتى به شيخنا الإمام عبدالله بأفضل.

## ١٢٤٦ ـ مسألة

في «أدب القضاء» للغَزِّي عن الماوردي: لو شهد شاهدٌ بشيء، فقال الثاني: أشهدُ بما ـ أو: بمثل ـ ما شهدَ به: لم يَكْفِ، قال زكريا: والعملُ على خلافه، وعن ابن أبي الدَّمِ: الظاهرُ أنه لا يَكفي بمضمونِ الكتاب، وكذا قال ابن عبد السلام في نحوه، قال: وذكر البَغوي في مثله في الإقرار جوازَ الشهادةِ به أي: كما مرَّ، ويؤخذُ منه مجيئُه في الشاهدِ والحاكم إذا عَرَفاه معاً، وكذا في الإشهاد بالحكم لمن يَعْلَمُهُ، قال زكريا: وَعَمَلُ كثيرٍ عليه، قال الغَزِّي: والأحسنُ أن يزيدَ ما يميِّزه بعضَ تمييز كأشهدُ بما تضمَّنه من البيع والإقرار بما فيه، ولو شهدَ لمورِّثه فقُبِلَ،

ثم مات المورِّث بعد الحكم: لم يؤثِّر، ووُرِّثَ ذلك، أو قَبْلَه: لم يحكمْ به قاله البغوي؛ وتجوزُ شهادةُ الوارثِ على مورِّثه بدَيْن ولو بعد القسمةِ، وقولُه: اشهَدوا أني بِعتُ كذا، أو أوصيتُ به: صحيحٌ في الإشهاد على الإنشاء، بخلاف: اشهَدوا أن عليَّ له كذا ـ أو غيره من صيغ الإقرار ـ فلا تجوزُ الشهادةُ بهِ كما ذكره الأئمة، وَجَمَع به أبو مخرمة بينه وبين ما ذُكِر من صحة الأول عن بعضهم تَبَعاً للعُرف، قال الدَّبِيْليُّ: وكذا لو قال: اكتُبوا له علي كذا، لا يكون إقراراً، لأنه لم يُقِرَّ بل أَمَرَ بالكتاب.

وإذا شهد على إقرارٍ أو بيعٍ: أدَّاه كما حَمَلها، ولا يَشْهدُ بالملك والاستحقاق، على الأصح، ، وكذا لا تجوزُ له الشهادةُ بما يَعْلَم خلافَه كأن يَرْهَنَه عبداً بألفٍ، ثم يَرْهَنَه ثانياً بألفين، لا يجوزُ أن يُشْهِد بالثاني لأنه فاسدٌ، وكالشهادةِ بِعقدٍ أو إقرارٍ عَلِم حدوثَ ما ينافيه، ولو شهدوا على امرأةٍ باسمها، فسألهم القاضي: أتعرِفون عينَها، فلهم أن لا يُجيبوه، قاله الرافعي، قال الغَزِّي: وهذا في الضابطِ العارف، وإلا فينبغي له سؤالُهم، وأن تَجِبَ إجابتُه، وإذا شهد بدَيْن وقال: قَضَاه متَّصِلاً أو قَبْلَ الحكم ، أو قال: قَبْلَ شهادتي: بَطَلَتْ، لا إن قال: بعدها ـ وأمكَنَ ـ بل يجوزُ أَن يدَّعيَه المشهودُ عليه ويشهدَ به بعدُ، وإن شَهِد بالإقرار به وقال متَّصلاً: قضاه؛ فظاهرُ تعليلهم بطلانَ الأولِ بالتنافي ثبوتُ الإقرار، وفيه نظر، لأن الشهادةَ بصورتها واحدةٌ ويقتضي التضادَّ، فإن قال: قضاه ـ مفصولاً ـ ثم الأول[1]، وللمدَّعَى عليه دعوى القضاءِ واستشهادُه، كما مرَّ.

والشهادةُ بالوصيةِ ثم الرجوعُ عنها: كالإقرار ثم القضاء، ولا يجوزُ له حضورُ عقدٍ فاسدٍ في مذهبه إلا أن يعتقدَ صحتَه حقيقةً بوجهٍ، فإن اتفقَ

---

(١) كذا، وبجانبها على الحاشية إشارة استفهام، ولعلها: تمَّ الأول؟.

حضورُهُ شهد بما جَرَى لا بما يقتضي الصحةَ، ومن أقرَّ بألفٍ ثم قضى بعضَه، وعَلِم الشاهد، وادَّعَى المقِرُّ له الباقيَ، قال السُّبْكي: فيشهدُ بالكلِّ كما سَمع، ولا يقعُ إلا ما ادَّعى، وقال ابن الرِّفْعة: عندي أنه يجوز أن يَشهدَ بما بقيَ فقط، لأن من أقرَّ بشيء فقد أقرَّ بكل جزءٍ منه، أقول: وهو أظهر، بل لا ينبغي غيرُه، كما سبق منعُ الشهادةِ بما عَلِم سقوطَه؛ وقولُه: هذا لك بِعْتَنِيه: صحيحٌ تُسْمَع دعواه وبيِّنته، وفيه وجهٌ رجَّحه شريحٌ بالمنع، لإقراره به للمخاطَب أولاً.

## ١٢٤٧ ـ مسألـة

تحمُّل الشهادة من حاضِرٍ في نكاحٍ وتصرُّفٍ فرضُ كفايةٍ، وكذا إجابةُ من دَعَاه له وهو حاكمٌ أو مريضٌ أو مُخَدَّرَة، ولا يتعيَّن في غيرها مع إمكانِ غيرِهِ مع ظنِّه إجابَتَه، فإن عَلِم امتناعَه فالمتَّجه تعيُّنه، كما قاله الأذرعي في غيرها، والمُزَجَّد، كما لو طَلَبَه الحاكمُ، وله طَلَبُ أجرةٍ من الداعي وإن تعيَّن، وقيَّده ابن عبد السلام بالظنِّ بالانتفاع بتحمُّله، لا إن بعُد تذكُّرُها أو معرفةُ مَحْملها لنحوِ طولِ أجلٍ، وأقرَّه زكريا، وله أجرةُ مركوبٍ إنِ احتاجه، أو إلى خارجِ البلدِ وإن لم يَرْكَب، ولا يجبُ فوقَ مسافةِ العَدْوَى[1]، ويجبُ أداؤها على مَنْ حَمَلَهَا إذا طُلِب وإن كان معه غيرُه، أو كَفَتْ عنه يمين، أو لم يقصِد تحمُّلَهَا إن دُعِي إلى مسافة العَدْوَى لا أكثر، قال الأذرعي: إلا أن يطلُبُه الوالي، كما استحضرَ عُمر الشاهدَ من بُعْدٍ[2]، قال زكريا: وهو ظاهر في الإمام الأعظم دون غيره،

(١) أنظر ١١٩٨ أو ١٢٣٦.

(٢) تقدم رقم ١١٩٨ أن عمر نقل المغيرة بن شعبة رضي الله عنهما في قضية من البصرة إلى المدينة.

وله الركوبُ أو أجرتُه، كما مرَّ، ونفقتُهُ إنْ خَرَج من البلد، فإن خَرَج معه إلى فوق العَدْوَى فله أخذُ جُعْل، وإن زاد على ما سَبَق، ولا يلزمُ مُخَدَّرَةً ومعذوراً بعذر الجمعة المجيءُ له، بل يحملُها غيره أو يبعثُ الحاكم من يَسْمعه، ومن كان كَسُوباً يَشْغَلُه ذلك فله قَدْرُ كَسْبِهِ.

ولا يجبُ على فاسقٍ بمُجْمَعٍ عليه، بل لا يجوزُ له وإنْ خَفي، نعم إن عَلِم أنه لا يَخْرُجُ الحقُّ إلا بها فقد مرَّ عن ابن عبد السلام وغيرِهِ جوازُه، وصرَّح به ابن أبي الدم فهماً من المذهب، قال الأذرعيُّ: سيَّما فيما فيه سلامةُ نفسٍ أو بُضْعٍ، وصرَّح به الماورديُّ في الخفيِّ، لأن في قبوله خلافاً، ويجبُ على من اختُلِف في فِسْقه وإن اعتقَدَه هو أو عند حاكمٍ يراه، لأنه قد يتغيَّر اجتهاده، قال زكريا: فظهر بذلك أنه لا يلزمُ عند مقلِّدٍ عالمٍ بفسقه إذْ لا اجتهادَ له، وقد يُمنع ذلك بجواز انتقاله وجوابه بعده، ويجبُ على شاهدٍ واحدٍ فيما يثبُت به وبيمينٍ، وعلى من ردَّه قاضٍ فَدُعِيَ ثانياً إلى غيره، ومن امتنعَ من الشهادة حياءً ونحوَه فُسِّق ورُدَّ بذلك، وكذا إن قال من له الشهادة: إنه امتنع عناداً، لا إنْ أطلَقَ، لإمكان عذره، وإذا قُرِىء كتابٌ على شخص بتصرُّفٍ ونحوِه، أو على حاكمٍ يحكمُ وهو يسمعُه وقيل له عَقِبَه: نشهد عليك بذلك فقال: نعم، كَفَى للتحمُّل، لا إنْ لم يقرأ وإن كان قارئاً، إلا أن يقول: أنا أعلمُ بما فيه وأنا مُقِرٌّ به، فيكون إقراراً، ويجوز تحمُّلُ الشهادةِ على المُكْسِ بقصد تأديتها إنِ اعتدلَ الحالُ، قاله ابن عبد السلام وتَبِعوه، وكذا على كلِّ محرَّم لذلك كالزنا، وكلِّ مختلفٍ فيه وإن اعتقد الشاهدُ فسادَه، ولو إنشاءٍ كشُفْعةِ الجِوار، وتصرُّفِ صبيٍّ مميِّزٍ على الأصح، ويؤدِّيها بصورة تحمُّله، ويحكمُ القاضي بعقيدته، لا على تصرُّف فاسد بالإجماع.

## ١٢٤٨ ـ مسألة

مما يُثبتُ برجل وامرأتين ـ أو: ويمينٍ ـ عقدُ مسابقةٍ وسَبْقُها، وقتلُ كافر لِسَلَبِه[١]، وإزمانُ صيد[٢] وعجزُ كتابه[٣]، وقبضُها ولو آخِرَ نجمٍ[٤]، وطاعةُ زوجة للنفقة، وأن هذه أمُّ ولده، وعِوَضُ نكاحٍ وخُلْعٍ وعتقٍ وإقرارٍ بمال، وكذا باليد فيه، كما أفتى به أبو مخرمة، ودفعُ دعوى مدَّعٍ بأنه أقرَّ به للمدَّعى عليه، وكذا أنه لم يَبِعْه في الوقت الفلاني بعد الإشهاد ببيعه للمدَّعي فيه، وكلٌّ منهما بشاهد واحدٍ ويمين، قاله القفال، وقياسُه مجيئُه في كلِّ صفة، وكذا منِ ادَّعت أنه تزوَّجها وطَلَبَتِ المهرَ أو الميراثَ وقد مات، كما قاله الغزالي، ثم الشيخان وغيرُهما، وعن الشيخ أبي عليٍّ منعُهُ، قال الإمام: وهو أفقهُ، ولا يثبُتُ النكاحُ إن كان حياً، قال البكري: ومثلُها وارثُها لو ماتت، وكذا ورثةُ ميتٍ ادَّعَوْا أنه أبانَ زوجتَه، وأجاب ابن الزَّين بمنْعِه في هذه، ولعله اختار المنعَ فيهنَّ رأساً، قال الأصبحيُّ: ومثلُها من ادَّعى مناسبةَ شخصٍ ميتٍ لإرثه، وأقرَّه الأزرق، قال المُزَجَّد: ومثلُه من أراد إثباتَ حقٍّ في وقفٍ بنسبٍ بذلك.

قال ابن الصباغ وغيره: وكذا من ادَّعى شراءَ أبيه وأنه عَتَق عليه، فيُقْبَل، وكذا شراءُ غيرِه وأعتَقَه، وكذا من أثبتَ أن فلاناً أَوْصَى إلى زيد بإعطائه كذا، أو أن وكيلَ زيدٍ باعه إياه، فتثبُتُ الوصيةُ والبيعُ لا الوِصاية والوِكالة، بخلافِ من تَلِف بيده مالٌ لآخر فادَّعى: أنه وديعةٌ وأقام بها

---

(١) هو ما على المقتول من متاع وسلاح، يغنَمه قاتلُه.

(٢) يريد: أنه أصابه برميه له فأثخنه بالجرح وأقعده، فصار كالمريض مَرَضاً مُزْمِناً.

(٣) أي: عجز العبد الرقيق عن أداء المال الذي كاتبه عليه سيدُه، ليعتقه بعد أن يرفعه إليه.

(٤) النجم هنا: معناه القسط، يريد آخر قسط يدفعه العبد المكاتب لسيده، ليتم عتقه.

شاهداً رجلاً ليحلِفَ معه أو مع امرأتين، والمالكُ: أنه غَصَبه فلا تثبتُ الوديعةُ لأنها وِلاية، أي: فَيُصَدَّقُ المالك ويضمَّنُ هو، قاله القاضي الطبري، وقرَّره ابن الرِّفْعة، والقَمُولي، والمُزَجِّد وأوضحه، ولا يثبُتُ بذلك ما يُوجِب قِصاصاً ولو بعدَ العفوِ للدِّيَة، والفرقُ بينه وبين المهرِ والميراثِ عند موجِبهما فيما سبق: أن القصاصَ هو الواجبُ ابتداءً، وإنما الدِّيةُ بدلٌ عنه فما لم يَثْبُتْ لا تَثْبُتُ، والمهرُ والميراثُ ليسا بدلاً محضاً في النكاح، بدليل جِوازِ خُلُوِّه عن المهر، وأنه قد يقعُ ويمتنعُ الإرثُ، لنحو شِرْكٍ ورِقٍّ، والمعقودُ عليه في الحقيقة الزوجان، وكذا الميراثُ بالنَّسَب ليس بدلاً عنه، ولا مِن لوازِمِه، لأنه قد يتخلَّف عنه، لمانعٍ كذلك، فوقَع النَظَرُ فيهما لمقصودِ المدَّعي وهو المال، مع أن في ذلك غموضاً وإشكالاً.

وكذا ذكروا أن سَرِقَةَ المالِ تَثْبُتُ برجلٍ وامرأتين فيه دون القطع، وإن كان فرعَها، وأن ما عُلِّق بشيء يثبُتُ بذلك ـ وهو لا يَثْبت إلا برجلين ـ لا يقعُ به، كأنْ يعلِّق طلاقَها بسرقتها، فتثبُتُ برجلٍ وامرأتين: لم تطلُقْ، فلو ثبتَ قبلُ وحُكِمَ بها ثم علَّق: وَقَعَ، لأن في دَفْعة مراغمةً للحكم، نعم يقعُ بما ثبتَ بالنساء ما ترتَّب عليها شرعاً لا وضعاً، كشهادةِ أربعٍ بولادتها: يلزمُ منها ثبوتُ نَسَبه، كذا ذكر الرافعيُّ هذا التفصيل، جامعاً به إشكالَ المسألةِ مع بقاءِ شيء منه، واعتمده المُزَجِّدُ وغيره.

ولو أثبتَ بمالٍ شاهدين، فأقام خصمُهُ شاهداً أنه أقرَّ بفسقِ شاهدَيْه أو كَذِبِهما، فإن قلنا ببطلانِ الحقِّ أصلاً بذلك ـ وهو وجه ـ: ثَبَتَ به مع اليمين، لأنه رامَ إبطالَه، وإن قلنا لا يبطُلُ بل له إثباتُه بغيرهما ـ وهو الأصح ـ كما سبق: لم يُقْبل شاهدٌ ويمين، لأنه يريدُ جَرْحه، كذا في «أدب القضاء» جازماً به، وهو ما في «شرح جامع المختصرات» في

باب اليمين، لكنْ فيه وفي أصله في ذا الباب قبولُه لقصدِ الإبطال به.
أقول: ويمكنُ أن يفرَّق بين قولِه: شاهِدِي فاسقٌ: فيكونُ نصاً في جرحه، وقولِه: إنه كاذبٌ، لأن أصلَ الكذب بمجرَّده فقط لا يُفَسِّق، وحيثُ جاز المرأتانِ مع رجلٍ جاز تقدُّم شهادتِهما عليه، ولا تجوزُ اليمينُ إلا بعد تزكيته.

## ١٢٤٩ ـ مسألة

تصحُّ شهادتُه بشهادةِ بعضِه بلا تزكيةٍ، على المتَّجه في «الروضة»، ولا تصحُّ على شهادة مجروحٍ وإن صَلَح عند أداءِ الفرع، ولا في حدٍّ لله تعالى، ولا بعد قول الأصل: لا تَشْهَدْ عني، ويشترطُ بيان تحمُّلها إلا في عارفٍ وَثِقَ به القاضي، ولا يَضرُّ تكذيبُ الأصلِ له بعد الحكم إلا أن يكونَ بعقوبةٍ، فلا يُسْتَوفى للشبهة، كرجوعه، قاله ابن الرِّفْعة، قال: ويظهرُ أنه مثلُه في التغريم[1]، قال الأذرعيُّ: وهو ظاهرٌ، ولا يصحُّ إلا مع تعذُّرِ أو تعسُّرِ الأصلِ بعذر، فلو كان الفرعُ به عذرٌ كذلك عامٌّ: فبحث الشيخان منعها، وأبطَلَه الإسنوي، أخذاً من كلام ابن الرِّفعة بأن الفرع قد يَتَجَشَّم المشقةَ دون الأصل المعذور، وبعد حضوره يزولُ عنه، فتقبلُ، واستحسنه زكريا، وهو كذلك، وإذا طُلِبَ من الشاهد الإشهادُ على شهادته: ففي «النفائس» عن الماورديِّ والرُّوياني: أن المذهبَ أنه لا يلزمُهُ وإن كان له عذرٌ، قال الماوردي: وعندي يلزمُهُ إن كانتْ فيما يَتَعَاقبُ كالوقفِ، أو تطولُ مدةً يَقِلُّ العيشُ إلى مثلها، وتَبِعه ابن أبي عَصْرون في «المرشد»، وقال في «الانتصار»: عندي أنه يلزمُهُ إن

---

(١) على الحاشية: «في نسخة: في التعزير».

مرض مَخُوفاً[1]، وقال الشاشيُّ: عندي أنه يبني على وجوب الإشهاد على الحاكم بعد حكمه، ليُنقَلَ إلى غيره، وظاهرُهُ الوجوبُ إن أُريد نقلُها إلى بُعْدٍ، قال الأزرق: وهذا أشبه، وظاهر أنه يجبُ إذا طَلَبَه الحاكم ذلك أو حضورَه.

## ١٢٥٠ ـ مسألة

إذا بانَ شهودُ الحكمِ مردودينَ بكفرٍ أو رقٍّ أو فسقٍ أو غيرِهِ: نُقض، فإن كان قد استُوفِيَ به قِصاصٌ أو تعزيرٌ أو حدٌّ ولو لله: لم يلزم المستوفيَ شيءٌ، لأنه يزعُمُ أنه استوفى مالَه، ومع تمكينِ القاضي له، وعلى عاقلةِ القاضي غُرمَ ما يقابلُ ذلك، لأنه مقصِّر بتركِ البحثِ سواءٌ استوفاه المدَّعي أو نائبُ القاضي بإذنه، وإن كان بمالٍ: ردَّه المدَّعي أو بدَلَه، لأن غُرمَ المالِ لا يختلِفُ بالعلم وعدمِهِ، وقد بان عدمُ وجوبه، فإن أَعْسَرَ أو غابَ غرَّمه القاضي ويَرجِعُ عليه عند قدرته، وإن كان بعتقٍ أو طلاقٍ تبيَّن عدمُهما وَرَجَعَا لصاحبهما.

## ١٢٥١ ـ مسألة

رجوعُ الشاهدِ عن شهادته وقولُهُ: لا شهادةَ لي فيه: يُبْطِلُها وإن أراد إعادتَها، وسبق بزيادةٍ في مسألةِ: أفتى[2]، وذلك فيما قبلَ الحكمِ بها لا بعدَه، بل يتقرَّر إلا أن يكونَ بموجَب عقوبةٍ فلا يستوفى، وللمحكومِ عليه الرجوعُ على الراجع بمثلِ ما لزمَه بشهادتِه حتى القِصاصِ إن أَثبتَتْه وقال تَعَمَّدتُها، وما لزمَ بسرايةِ عتقٍ وبمهرِ مثلِ مَنْ شهدَ بطلاقها

(١) أي: مرض مرضاً مخوفاً.

(٢) المقدمة برقم ١٢٣٩.

ولو مفوَّضةً قبل الفرض سواءً وطىءَ أم لا، وإن أبرأته منه قبلَ الشهادة؛ ولا رجوعَ إن ثبتتْ حرمتُها عليه بنحو رضاعٍ بحجةٍ أخرى، ولا بما أُبْرِىء منه أو وَهَبه بعدها، ولا بما معه بدلُهُ كشهادةٍ بإقالةٍ، فإنه قبضُ ما رَجَعَ بها، أو بموجَب شُفْعة أو طلاقٍ بمال فقد أخذه وثمَنَها، نعم إن نَقَصَ عن قيمة الشِّقْص ومهرِ مِثلها غُرِّم تمامَها.

وإذا رجعَ القاضي والشهودُ والمزكُّون فالغُرْم بينهم أثلاثاً، على الظاهر من كلامهم، أو: القاضي والشهودُ فعليه نصفٌ، ومن انفرد منهم: غُرِّم الكلَّ، وكذا في فروعٍ عن أصولٍ، فإنِ اجتمعا في الرجوع اختَصَّ الغُرم بالفروع، لأنهم المُلْجِئون للحكم، وكذا لو رجعَ المستوفي معهم يختصُّ به فيردُّ ما أَخَذَ وبدلَه إن فات، ويُغَرَّم في العِتق ولو لأمِّ ولدٍ القيمةَ، وكذا ما شهد بوَقْفه أو جَعْلِه أضحيةً، ويَستردُّ الغارم في عتق المستولَدَة ما دفعَ إذا مات سيدُها، ولا غُرم في طلاقٍ رجعيٍّ إلا إن تبيَّن بانقضاء العِدَّة، ولا في استيلادٍ إلا بموت السيد، ولا في معلَّقٍ إلا بوجودِ الصفة، ولا إن قال المحكوم عليه: شهادتُهم حقٌّ، ولا إن كان قد أشهدوا بطلاقه، إذْ لا يَرجعُ له شيء، لأنه لا يَملِكُ، ولا لسيدِه إذْ لا حقَّ له في البُضْع، قال الماورديُّ: ولا لمدَّعٍ أثبتَ بينةً فقامت بينةٌ برجوعِ الشاهدَيْن، ولم يَقولاه لبقاء الحقِّ على المشهود عليه، وأقرَّه زكريا، أقول: فإذا غُرِّم ثم ادَّعى أنهما مبطِلانِ في شهادتهما ـ وقد أقرَّ بذلك بعد الحُكم ـ وسلَّمتُ ما لَزِمني بها وأُريدُ تغريمهما، فأنكر الرجوعَ فأقامَ به بينةً: فالظاهر صحةُ ذلك، لأن دعواه منتظِمةٌ وبها حجةٌ، وقد أشار إلى ذلك بعضُ العلماء فيلزمُ ذلك، وكذا إنِ ادَّعاه ولم يحلِفا لنفي الرجوع، فحلَف يمينَ الردِّ به.

## ١٢٥٢ ـ مسألـة

قال عز الدين ابن عبد السلام في «قواعده»: من سَعَى برجلٍ إلى سلطان فغرَّمه بالسعاية شيئاً: فله مطالبةُ الساعي به بعدَ أَخْذه، وذلك مصلحةٌ شرعيةٌ لوجود السببيَّة، كالشاهِدِ إذا رَجَعَ عن شهادته، وكمن قال: هذا لزيدٍ بل لعمرو، وحيثُ يغرمُ للثاني إلحاقاً للحيلولةِ القولية بالفعلية، قال موسى بن الزَّين: ويتعيَّن العملُ به ذا الزمن، وقد نقله الإمام الحنفيُّ البَرْدَويُّ عن بعض أصحابهم، وأن بعضَهم خصَّه بسلطانٍ عُرِف بذلك، ويجبُ زَجْر السُّعاةِ وتعزيرُهم بالرَّدْع القويِّ من ذلك انتهى.

## ١٢٥٣ ـ مسألـة

### في تعارض البيِّنات

إذا تَدَاعى اثنانِ شيئاً بيدِهما على السَّواء، وأقام كلٌّ منهما بينةً أنه كلَّه له: حُكِمَ له بنصفه، وإن كان لأحدِهما زيادةٌ في اليدِ: حُكِمَ له بما في يدِهِ، كما مرَّ، إلا أن يزيدَ الآخَرُ بمرجِّح مما يأتي بيانه، أو في يدِ غيرهما: ففي قولٍ: يُقْرَع بينهما، وقولٍ: يكونُ إليهما ويُقْسَم، وقول: يُوقَفُ، والأظهر بطلانُهما، ويبقى لمن هو في يده، وكذا إنِ ادَّعى كلٌّ اليدَ فيه ولا بينةَ له، لكن يَتَحالفان، كما سبق في الدَّعوى، هذا إن لم يَنْفَرِدْ أحدُهما بما يرجِّح بينته، فإن كان رَجَّحَتْ: حُكِمَ له.

وأسبابُ الترجيح: بيانُ نقلِ الملكِ فيه من ذي اليد، وفي معناه: ذِكْرُ ما يضادُّ الأصلَ، ثم اليدُ فيه للمدَّعي أو لمن أقرَّ له به، أو انتقلَ إليه؛ ثم شاهدان ولو رجلاً وامرأتين: على واحد ويمين، ثم سَبْقُ تاريخِ ملكِ أحدِهما بزمن، أو ببيانِ أنه وُلِد في مِلكه مثلاً، ثم بيانُ سببِ

المِلْك، كما ذكره الأئمة، ومن ذلك: ترجيحُ من عَيَّنَتِ المِلْك للبائع، على من قالت: وسلَّمه، كما سبق، ومَنْ قالت: وَنَقَدَ الثمنَ على من لم تذكُره، كما ذكره الغَزِّي، وترجيحُ مِلْكٍ والحكمِ به، على بيِّنةِ ملكٍ بلا حكم، ولا بدَّ في النقل ومُضَادٍّ الأصل من تعيينِ سببِهِ، وفي سَبْقِ التاريخ مِنْ ذِكْر الزَّمن في كلٍّ منهما، وفي ذكرِ السببِ من ذكرِهِ في الدَّعوى والشهادة، وهذا الترتيبُ بين المرجِّحات إلى بيان السبب صرَّح به أصحابُ «الحاوي الصغير» ومختصراتِه كـ«جامع المختصرات» و«البهجة» و«الإرشاد» وشروحها وهو مأخوذٌ من كلام الشيخين وغيرهما عند ذكر صُوَر التعارض، وما بعده في «أدب القضاء» وغيره، ولنذكر صورةً يتَّضحُ منها بيانُ ما ذكرناه:

## ١٢٥٤ ـ مسألة

منِ ادَّعى ملكَ شيءٍ بيدِ غيرِهِ، وأقام به بينةً، فأقام ذو اليد بينةً بملكه أيضاً: قدِّمتْ لترجيحها باليدِ مع إطلاقهما وإن كانت شاهداً ويميناً، والأُولى شاهدين، وإنما تسمعُ بينتُهُ بعد بينةِ المدَّعي، للحاجة إليها حينئذٍ، فإنه قَبْلَها مستغنٍ باليمين عن البينةِ، كما سبق، فإن شهدتْ بينةُ المدَّعي بأنه اشتراها منه، أو ممن تلقَّاها منه، أو أن أحدَهما غَصَبها فيدُهُ عليها غاصبةٌ: قدِّمتْ لبيان نَقْل الملكِ أو الغصبِ المضادِّ لحقيَّة اليد، وكذا إن قالتْ: إنها مع ذي اليدِ رهناً أو عاريةً من المدَّعي، لزيادة عِلْمها، فلو قالت: هي للمدَّعي ويدُ الداخِلِ غاصبةٌ أو عدوانٌ بلا بيانِ كيفيته: لم يكف لعدمِ بيانِ ذلك، كما ذكره غير واحد، وصرَّح به أبو مخرمة في «فتاويه» وكذا إن قالتْ بينةُ كلٍّ منهما: إنه اشتراها، أو غَصَبها من الآخر، أو إنه أقرَّ له بها، فَتُقَرُّ لذي اليد، ولو قالت بينة

المدَّعي: إن ذا اليد غَصَبها منه، وبينةُ الداخِلِ إنه اشتراها منه: قُدِّمتْ هذه لبيانِ النقلِ الصحيح، وكذا إن قالت: هي ملكُه، ويدُهُ ثابتةٌ عليها بحقٍّ، كما أفتى به ابن الصلاح وقرَّره غيره، قال زكريا: وذلك لذِكْرِها أن يَدَه بحقٍّ، أي: فتقابلُ الغصبَ، وتَقْوَىٰ بأصلِ اليد، ومن أقام بينةً بشراءِ عينٍ، أو وقفِها عليه، أو تعويضها عن دَيْنِ ميت، فأقام وارثُ الميتِ بينةً بأنه مات وخلَّفها ميراثاً: قدِّمتُ الأُولى لبيان النقل، ولو أقام بينةً بملكِ أرضٍ، وقامتْ أخرى أنها شارعٌ للعموم، فإن كانتْ مسلوكةً لهم بلا منازِعٍ: قدِّمت الثانية، أو بيدِهِ: قدِّم، وإلا تعارضتا.

## ١٢٥٥ ـ مسألة

من أعتق عبداً ثم أنكر، فقامت بينةٌ بإعتاقه بعد دعوى العبدِ أو حِسْبةً: ثبتَ عِتْقُه، ولا يُلْتَفت إليه، فلو ادَّعى زوالَ مِلْكه منه ببيعه قبلُ من زيدٍ: لم تُسمعْ دَعْواه، نعم إنِ ادَّعاه زيدٌ وأقام بينةً معيَّنةً بتاريخ السَّبْق على العِتْق ولزومِهِ قبلَه: قُدِّمت، فإن كانت بينةُ العتقِ شاهدَيْن، والشراءِ شاهداً ويميناً، فإن صُدِّق العبد بسَبْق الشراءِ: قدِّم، وإن أنكَرَه ففيه خلاف، والظاهرُ تقديمُ سبقِ التاريخ، وفي «المهذَّب» وغيره ما يقتضيه إنْ لم يكنْ صريحاً فيه، ولا يقولُ بترجيح العبدِ، لأن له اليدَ على نفسِه، لأنها حكميةٌ لا حقيقية.

## ١٢٥٦ ـ مسألة

رجلٌ وامرأةٌ يَسْكنان داراً، فادَّعى زوجيَّتها وملكَ الدار، ولا بينةَ، وادَّعتْ هي رِقَّه، ومِلْكَ الدار، ولا بينةَ: حلَّف على نَفْي رِقِّه، وحلَّفتْ على نَفْيِ زوجيَّته، وحُلِّفا على الدار وَتَنَاصَفَاها، ومن أقامَ منهما بينةً

فقط: قُضِيَ له، وإن أقاماها: قدِّمتْ بيِّنتُها، لزيادة عِلْمها برِقِّه، فإن الأخرى قد تعتمدُ أصلَ حريةِ الناس، وَسَبَقَت في الدَّعاوي في مسألة: اليد[1].

## ١٢٥٧ ـ مسألة

من باع، أو اشترى، أو أوصى، أو جَنَى ومات، فادَّعتْ ورثتُه: جنونَه حالَ ذلك، ومن عارضهم: عَقْلَه، وأقام كلٌّ بينةً، فأيُّ البينتينِ تُقَدَّم؟ وإن تُقَمْ بينةٌ فمن القولُ قولُهُ؟ الذي تلخص من كلام «الروضة» و«مختصرها» لابن المُقْري و«شرحه» لزكريا و«الأنوار» وفتوى الفقيه عبدالله بن عَبْسِين: أن البَيِّنَتَيْنِ يتعارضان حيثُ عُهِد للميت حَالَتَا عقلٍ وجنونٍ، كما في «فتاوي» البَغَوي، وكذا إن كان مجهولَ الحالِ والفعلُ يقعُ من العاقل والمجنون ولا يتكرَّر كالقتل إن أُرِّخَتَا بتاريخٍ متحدٍ أو أُطْلِقتا كما في «الروضة» ومن تَبِعها في القتل.

فإن عُهدَ الشخصُ عاقلاً: قُدِّمت بينةُ الجنون، لأنها ناقلةٌ، وكذا إن كان مجهولاً وأَطْلَقَتا الشهادةَ بكونه عاقلاً أو مجنوناً بلا تاريخ، أو أُرِّختا بوقتٍ واحد والفعلُ لا يقعُ إلا من مختارٍ كالبيع، لأن معها زيادةَ علمٍ، فقد تعتمدُ الأخرى ظاهرَ أحوالِ الناس، إذ لا يَتَصَرَّف إلا عاقلٌ، فبينةُ الجنون معها زيادةُ علمٍ به، وتقدَّم بينةُ العقل إذا عُهد مجنوناً وأَطْلَقَتا أو نَصَّتْ على عينه شهودَ الجنون أو أُرِّخَتَا بتاريخَيْن والفعلُ يتكـرَّر، لإمكان تكرُّره، أو نَصَّت بينةُ العقل على ذلك حين تصرُّفه، وإن قالت الأخرى كذلك إذ قد تعتمدُ ما تَعْهَدُهُ منه، ثم حيثُ لم يُقِمْ أحدٌ بينةً فالقولُ قولُ مدَّعي الجنون، حيث عُهِد له جنونٌ دائم أو منقطع، وإلا

---

(١) تقدمت برقم ١٢٢٥.

فالقولُ قولُ مدَّعي الصحةِ والعقل، وإن أقامَ أحدُهما بينةً دون الآخر: قُضِي له.

## ١٢٥٨ - مسألة

أقام بينةً على أن ذا اليدِ غَصَبَ العينَ منه وهي ملكُه، وأخرى بِمِلْكه، وإقرارِ ذي اليدِ بغصبِها منه: قُدِّمت السابقُ تاريخُها إن أُرِّختا، وإلا فالأولى، لأنها شهدتْ بغصبٍ حقيقةً بالمشاهدة، فيلغُو الإقرار به، كذا جَزَم به البغوي، وهو نظيرُ ما ذكروا فيمن أَشهد بنكاحِ امرأةٍ وأقرَّت به لغيره معاً، ولا يَغْرَم ذو اليد هنا للمقَرِّ له شيئاً، لثبوتِ ملك الآخر بالبينة، ولو ادَّعى أنه ورثَ الدارَ من أبيه، فأشهدَ الداخلَ بشرائها من الأب: بطلتْ دعوى الأول، فلو عاد وقال: إنه باعَها وقد ملكَها لآدميٍّ ثم عادتْ إليه منها فورِثَها، فإن ذَكَر تأويلاً لفساد بيعِ الأبِ وعُذِر فيه ـ كقوله: إن تمليكَ الأم كان من وكيله ولم يَعْلَم به حين باع ـ: قُبِلتْ دعواه وبينتُه بذلك إن عيَّنَته بتاريخٍ قبل البيع، وله تحليفُ الداخلِ أنه لا يَعْلَم ذلك، فإن لم يذكُر تأويلاً: فله أيضاً تحليفُهُ كذلك، ولا تُسمع بينتُهُ، وإن لم يذكُر في الدعوى الثانية تمليكَ الأم[٣] من أبيه بل ادَّعى أنه ورثَه منها: لم تُسْمعْ لمناقضتها للأولى، فلو قال لعبده: إن قَبِلتَ فأنتَ حرٌّ، ثم مات، فأشهدَ العبدُ، أنه يَقْبَلُ، والوارثُ بعدمِهِ؛ قدِّمت الأولى لزيادة علمها بما يناقضُ أصلَ الموت بلا سبب، نعم إن عيَّنا وقتَ موتِهِ: قدِّمتْ بينةُ السَّبْق.

## ١٢٥٩ - مسألة

ادَّعى ملكَ دارٍ مطلقاً، فشهد له شاهدان به: بأنه ورثَه من أبيه،

وآخران: بإرْثه له من أمه، سَقَطَتَا لمناقضتهما، فلو شهدَ بكلٍّ شاهدٌ واحدٌ: حُلِّف مع من شاء منهما وَثَبَتَ، وكذا في كلِّ اختلافٍ يقع بين الشهود في ذكرِ سببِ الملكِ ولم تناقِضِ الدعوى، فلو رجعَ الآخَر وشهد كصاحبه ولم تَظْهَرْ للقاضي رِيبةٌ: ثَبَتَ به، قاله القاضي حسين، وأقرَّه الغَزِّي ثم المُزَجَّد، أي: إن أبدَى عذراً في شهادته الأولى كغلطٍ تَذَكَّرَه، وفيه أيضاً مع ذلك نظرٌ، ويؤخذُ مما سبقَ في مسألة: أفتى[1].

## ١٢٦٠ ـ مسألة

من رَهَنَ عيناً وأقبَضَها، ثم أقرَّ بها لآخَرَ: لم يُقْبَل على الأصحِّ ما دام الرهن، فلو شهدتْ بينةٌ ببيعِ عينٍ، وأخرى برهْنها وقبْضهـا، ولا تاريخَ: تعارضَتَا، وكذا إن شهدتا أو إحداهُما بالإقرار بما شهدتْ به، قاله ابن الصلاح، والفرقُ عليه ـ بينها وبين ما لو شهدتْ بينةٌ بغَصْبٍ من شخص، والأخرى بالإقرار به من آخَرَ حيثُ تُقَدَّمُ الأولى كما مرَّ قريباً ـ تَنَافي هاتين، فلا بدَّ من ترجيحٍ إنْ وُجد، وعدمُ تنافي ملكِ شخصٍ وارتهانِ آخَر، بل اجتماعُهما متعيِّنٌ، ولا ترجيحَ بصحةٍ ولا فسادٍ، وفيه أيضاً حسكة[2]. فلو قال المالك: رهنتُ ذا من زيدٍ وأقبضتُه له، بعدَ رَهْني له وإقباضِه لعمرو: قال القَمُوليُّ: فقولا تبعيض الإقرار أي: فيقدَّمُ به زيد، والأصحُّ في «تهذيب البغوي» تقديمُ عمرٍو، ذكره ابن الرِّفْعة وابن النقيب، وكذا إن أقاما بيِّنتين يقدَّم قولُ المالِكِ، ولا يرجِّحُ أحدُهما بيدٍ، قال الأزرق: لأن ملكَه باقٍ، وما ذكر متناسخٌ، وفي الأولى نظر، وقولُ القَمُوليِّ قويٌّ.

---

(١) المتقدمة برقم ١٢٣٩.

(٢) كُتب على الحاشية تفسيرها: «أي وقفٌ». يريد: وقفةٌ، أو: توقُّفٌ.

وكذلك تَتَعارضُ بينةٌ من شهدتْ لشخصٍ أن ذا اليدِ أقرَّ له بملكِ أرضٍ، وأخرى لآخَرَ: أنه أقرَّ له بحقِّ العُهدةِ فيها إن أثْبتناه، على ما مرَّ في البيع، فيُرجَعُ إلى ذي اليدِ إن لم يُؤرِّخا بسبْق، وأفتى به شيخنا الفقيه عبدالله با فضل وابن عَبْسِين وابن مزروع قالوا: فإن أُرِّخَتَا: قُضِيَ بها للسابق، وللآخَر قيمتُها إن كان المُقَرُّ له بالملك على ذي اليدِ، وما زاد منها على الثمن: إن كان هو ذا العُهدةِ لحيلولته بينهما بالإقرار، كما سبق في إتلافها، لكن بعدَ إتلافه بالثمن، وَتَلَفُّظِهِ بالفسخ، كما مرَّ هناك.

## ١٢٦١ ـ مسألة

شهدتْ بينةٌ بأن هذا ملكُ فلانٍ إلى أن مات، فورثَه ابنُه المدَّعي، وأثبتَ آخَرُ بأنه لأبيه إلى أن مات وهو وارثُه، قُدِّمت الأولى لنصِّها على نَقْل المدَّعى إليه، فقد تتخلَّف التركةُ عن الإرث أي: بوصيةٍ أو مانعٍ آخَرَ، قاله شُرَيح.

## ١٢٦٢ ـ مسألة

شهدتُ بينةٌ بموتِ شخصٍ في شعبان، وأخرى في شوال: قدِّمت الأولى لأنها نقلتْه عن أصلِ الحياة، والثانية قد تُبْنَى على أصلِ بقاءِ الحياة، فإن بيَّنَتْ أنها رأتْه في شوال، أو أنه تزوَّج هذه فيه ـ مما شَرْطُهُ المُعَاينة ـ أو شهدتْ أنه الآن حيٌّ: تعارَضَتَا، وفيها مناقضةُ فتاوٍ، والمعتمدُ ما فصَّلناه، كما ذكره بعضهم، وهو ما في «الروضة» و«مختصرها» و«شرحه»، ورجَّح في «العباب» بسَبْق الموت مطلقاً، فلو تصرَّف في مرض، فقالت بينةٌ: إنه بَرِيء منه ومات بعدُ، وأخرى إنه

مات منه، قال ابن الصلاح: تعارضتا، والظاهرُ ترجيحُ الأولى لزيادةِ عِلْمِها ببُرْئه، ولو أثبتَ خارجٌ بأن ذا اليدِ مقرٌّ له بالمِلْك، فأقام ذو اليدِ بينةً بمِلكه، فالأولى أَولى إلا أن تذكُرَ انتقالاً من المُقِرِّ له.

## ١٢٦٣ ـ مسألة

شهدتُ بينةً بإعساره، وأخرى بيساره؛ قدِّمتْ إن بيَّنَتْ ما أَيْسَرَ به وسببَه، قاله بعضهم، وبقاؤُه له، فإن عَلِم ثم شهدتْ بينةٌ بالإعسار: قدِّمتْ لأنها ناقلةٌ، ولو شهدت بينةٌ بسفهه أولَ بلوغه، وأخرى برُشْده: قدِّمتْ، وكذا إن عُلِم سفه(١) قبلُ، فإن عُلم رُشْدُهُ ثم شَهدتا: قدِّمتْ بينةُ السَّفَه، للنقل فيهن، كما حرَّره الغَزِّي ثم المُزَجَّد، فإن جُهِلَ حالُه قدِّمتْ بينةُ السَّفَه كما قرَّراهما به إطلاقَ ابن الصلاح تقديمَها، وإن اختلفا في قيمةِ متلَفٍ: ثَبَتَ الأقلُّ وتعارَضَتَا في الزائد، إلا أن يكونا في كلِّ جانبٍ شاهداً واحداً فله الحِلفُ معه على الزائد، أو في وزنٍ معيَّنٍ ثَبَتَ الأكثر، فلو أراد الحاكمُ بيعَ مالِ صبيٍّ، فشهدت بينةٌ بأن ثمنَ مثلِهِ كذا، ثم شهدتْ أخرى أنه فوقَ ما شهدتْ به الأولى، فقال العمراني: يتعارضان، وقال غيره من أهل اليمن: تُقَدَّم الأولى، وهو ما ذكره الإسنوي في باب الوكالة من «شرحه» وأفتى إبن الصلاح بتقديم الثانية وأنه ينقضُ البيعَ بالأولِ إن كان، قال زكريا: وَحَمَلَه بعضُهم على ما عَيَّنَهُ باقيةٌ يُقْطَع فيها بتكذيب الأولى، والأول على ما إذا تلفتْ، وأقرَّاه، ومال السُّبكي إلى أنه لا يُنْقَضُ لأنه مبنيٌّ على أصلٍ فلا ينقضُ بالشكِّ، قال: فإن وقع الشك قبل البيع لم يبع حتى يتحققه. انتهى.

---

(١) كذا، ولعلها: سَفَهُهُ.

## ١٢٦٤ ـ مسألة

شهدَ واحدٌ لخارجٍ بأن ذي اليدِ غَصَبَه منه هو أو منْ صارَ إليه منه، وَحَلَفَ معه، فأقام ذو اليدِ شاهدَيْنِ بمِلْكه، فأفتى الأصبحيُّ وجماعةٌ من أهل اليمن بترجيحها، ورجَّح جمالُ الدين الأولَ، ورجَّحه شيخنا الإمام عبدالله با فضل ووَجْهه ظاهر، وقد سبقَ أن البيِّنةَ الناقلةَ، وبيِّنةَ ذي اليد تقدَّم على بينةِ المدَّعي وإن كانت الأولى شاهداً ويميناً، والثانيةُ اثنين، مع أن بينةَ الغَصْب أرجحُ من ذات اليد؛ ولو شهدتْ بينةٌ بملكِ مدَّعٍ من سَنَةٍ، وأخرى به لآخَر من سنتين: قدِّمت هذه، إلا أن تكونَ مع ذاتِ السنَة يدٌ، فتقدَّم على الأصح، وإن كانت السابقةُ وَقْفاً كما أطلقوه، وبه صرَّح البغوي وابن الصلاح؛ وإنْ ذَكَرَتْ كلٌّ واحدة أو إحداهما أنه انتقلَ لصاحِبها من معيَّن، فلو اتفقا على انتقالها إليهما من شخصٍ واحدٍ، ولأحدهما يدٌ والآخر أسبقُ تاريخاً: فالذي اقتضاه كلامُ كثيرٍ ـ كما قال زكريا ـ ترجيحُ ذي اليدِ، قال زكريا: وهو قويٌّ، لكن قضيةُ كلامِ الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وغيرِهما تقديمُ سابقةِ التاريخِ حينئذٍ. انتهى.

فلو شهدتْ بينةٌ بالشراء من زيد، وأخرى به من وكيله، قُبِلَتا، لإمكانه، فإن أُرِّختَا وَقَعَ للسابق، وإلا فإنْ كان لأحدِهما يدٌ: قدِّم، ويحلفُ أنه لا يَعلمُ سَبْقَ الآخر، كما ذكره المُزَجَّد في وكالة «العُبَاب»، فإن رُدَّ فحلف الآخَر بَتّاً بسَبْقه: وَقَعَ له، وإن لم تكن يدٌ وُقِفَ بينهما إلى إقرارٍ أو حجةٍ انتهى. أقول: وهل يراجِعَ الموكِّل؟ ينظر فيه وفي تفريعه. وحيث أَطْلَقَتَا المِلك ولم تُؤَرِّخا أو إحداهما: فلا ترجيحَ إلا أن يكونَ بيدٍ، أو يكونَ لأحدِهما شاهدان، وللآخرِ شاهدٌ ويمينٌ، فيقدَّم الأولُ، وكذا إن أَطْلَقَت واحدةٌ الشهادةَ بدَيْن، وأخرى إبراءه من قَدْره، قدِّمت،

لأن الأصلَ عدمُ غيره، والإبراء لا يقعُ إلا بعد لزومٍ، نبَّه عليه ابن الصلاح في «مشكلة»[1] والوليُّ أبو زرعة وزكريا وغيره، قال الأولان: ومن أثبتَ بإقرارِ زيدٍ له بدَيْن، فأثبتَ زيدٌ بإقراره أنه لا شيءَ له عليه: قُدِّم الأولُ، لإمكان حصوله بعدُ، ولا يَرفعُ ثبوتَه نفيٌ مطلَق، لما الأصلُ عدمُهُ بخلافِ البراءةِ، ومثلُه في «البحر» فيمن أقرَّ بدارٍ لزيد، ثم ادَّعى أنها له، وأثبتَ أن زيداً قال: لا شَيءَ لي فيها، قال: يحتملُ تقديمُ زيدٍ عليه وإن كانت اليدُ له لرجوعِ إقرارِ زيدٍ إلى النفي المحض. أقول: ويُنْظَرُ في هذه للأرجح حيث كانت يدٌ، فإن أُرِّختَا بزمنٍ واحدٍ بَطَلَتا، قاله شُرَيح.

وإذا اطلقتْ بينةٌ ملكَ شيء، وقالت الأخرى: إنه له نَتَجَ في مِلْكه، أو إنه ثَمَرُ غَرْسِهِ، أو نُسِجَ من غَزْله، أو بُنِيَ من طينه، أو اللَّبَنُ من شاته، أو السمنُ من شاته، أو السمنُ من لَبَنه، أو ورثَه من أبيه؛ فيقدَّم، لبيان السبب، لا مجرَّدُ أنها بنتُ دابته من غير تعرُّضٍ لملكِ البنت، وتُقدَّم من قالت: اشتراه من فلانٍ وهو يَمْلكُه، على من قالت: وهو في يده، أو: وَتَسَلَّمه منه، والظاهر أن ذاتَ اليدِ أرجحُ من قائلة: وتسلَّمه منه، وكذا من قالتْ من المُطْلِقَتَيْن للشراء: وَنَقَدَ ثمنَه، على من لم تذكُره، كما ذكره الغَزِّي، وَسَبَقَ، ولا بدَّ فيمن ذكرتِ التاريخَ السابقَ بملكٍ مطلَقٍ من زيادة: ولم يَزَلْ، أو: لم نعلم زواله. ونحوه، لا فيما ينسبُ لإرثٍ أو شراءٍ ونحوه كما سبق، وتُقَدَّم بينةُ من ادَّعَى رقَّ شخصٍ، على من شهدتْ بحريَّته مطلقاً، وبينةُ عِتْقه على بينةِ رقِّه أو إقراره به، إن شهدتْ حِسْبةً، أو ادَّعى أنه لم يعلْمه حين أقرَّ.

---

(١) يريد كتابه الذي شرح فيه «مشكلات الوسيط». وعلى حاشية الأصل: «في نسخة: في مسلكه». وهو تحريف.

ومحلُّ ترجيحِ أسبقِ التاريخَيْنِ في غيرِ الإقرارين بين شخصين، فإذا شهدتْ لكلٍّ بينةٌ أن صاحبَه مقرٌّ به له، فيقدَّم آخرُهما تاريخاً وإن كان للآخر يدٌ دونه، وكذا إن شهدَتَا لكلٍّ بانتقالِ المِلْكِ إليه من خَصْمه وأُرِّخَتَا: فالترجيحُ بالمتأخر، قاله القفَّال وغيرُه، وهو واضح، فإن لم يعرفْ ولأحدهما يدٌ: رُجِّح، وإلا سقَطَتَا، ولو أثبتَ خارجٌ بملكٍ مطلقٍ وحُكِمَ له به، ثم أتى الداخلُ ببينةٍ به قبلَ الحكم: ثبتَ له وَنَقَض، وكذا إن أثبتَ غيرُه بشرائه منه حالَ مِلكه له، ومن انتزَع شيئاً بحجَّةٍ فقد صار ذا يدٍ فيه بالنسبة إلى غيرِ الأول، فلو ادَّعاه آخر وأثبتَ بملكه مطلقاً أَخَذَه، إلا أن يُقيمَ ذُو اليدِ بينةً بملكه ولو بشهودِهِ أولاً، فترجَّح.

## ١٢٦٥ ـ مسألة

من أشهدَ بأنه اشترى كذا من زيدٍ ـ ولم يذكُر أنه مِلكُهُ ولا بيده ـ لم يكفِ، كما مرَّ، فلو أقام بينةً أخرى أن المبيعَ كان بيده، أو مَلَكَه يومَ البيع: ثَبَتَ وَصَارَتَا كبينةٍ واحدةٍ، وكذا كلُّ ما ذِكْرُهُ شَرْطٌ لتمامِ الدعوى لو تَرَكَته البينةُ وقامتْ به أخرى كانت كواحدةٍ، كأنْ تَقُولا: أقرتْ امرأةُ فلانٍ ساعةَ كذا في موضع كذا، فشهد آخرانِ أن المرأةَ المذكورةَ حينئذٍ فلانةٌ ونحو ذلك، ولو شهد شاهدٌ أنه وكَّلَه في كذا، وآخر أنه فوَّضه إليه، أو أَذِنَ له فيه ونحوه: كَفَى، وكذا إن قالَ واحدٌ: إنه قال وكَّلته، وآخر: إنه وكَّله أو فوَّضه، فإن قال واحد: قال وكَّلْته والآخَرُ أنه قال: فوَّضته: لم يَكْفِ، لأن كلاًّ شهدَ بلفظٍ غيرِ ما شهد به صاحبُه بخلاف الأوَّلينِ، إذْ يمكنُ حملُهما على ما اتَّفقا على معناه، وكذا إن قال أحدُهما: إنه استوفَى دَيْنَه، وآخر: إنه أبرأَه منه، لم يَكْفِ، فإن قال الآخَر: إنه بَرِيء إليه منه، فقال العبَّادي: يكفي لاحتمالِه للاستيفاء، وأقـره الرافعي، وقيل: لا لإيهام اللفظ غيره.

والإقرارُ في كلٍّ ما مرَّ كالوكالة، ولو شهد واحدٌ بوكالته ببيع، وآخرُ بأنه وكَّله مع فلانٍ فيه؛ لا يكفي، لاشتراطِ اجتماعِ الاثنين في الأخير، وكذا واحدٌ في بيعِ عبدٍ، وآخرُ به مع الجارية في عقدٍ قياساً، فلو أطلقَ بها فيهما ثبتَ في العبدِ مُفْرَداً، ولو شهد على القاضي أنه ثبتَ عنده تطليقُ فلانةٍ بنتِ فلان، وآخرُ أنه ثبتَ عنده تطليقُ هذه وهي الأولى بالاتفاق: كَفَى على الظاهر، كما قال الغَزِّي، فلو شهد أحدُهما أنه قال: ثبتَ عندي طلاقُ فلانة بنتِ فلان، والآخر أنه قال إنه ثَبَتَ تطليقُ فلانةٍ هذه: لم يكفِ، كما أفتى به ابن الصلاح، ولو شهد عليه شاهدٌ بألفِ ثمنَ مبيع، وآخرُ به قَرْضاً، أو شاهدٌ ببيعٍ أو هبةٍ، وآخر بإقراره بهما: لم يلفَّقا، فلو عاد أحدُهما وشهد كصاحبه: قُبِل، وتَمَّتِ الحجة، وكذا لو شهد اثنان بعَقْد، ثم شهدا بالإقرار به، أو عكسُه: فلا يقدحُ، إذْ لا منافاة، ولا تهمةَ مع إمكانهما.

## تتمـــة

حيثُ تعارضتْ بيِّنتا بيعٍ من شخصٍ وَذَكَرَتَا قبضَه الثمنَ: رَجَعَ كلٌّ منهما بثمنه إذْ لا تعارضَ في القبضين، لإمكانهما، وكذا لو ادَّعى عليه اثنان ببيعِ عينٍ واحدةٍ قَبَضَهَا وَطَلَبَا الثمنين، وأثبتَا بهما بلا تعيينِ اتحادَ تاريخٍ: كلِّف بدلَهما، لإمكان العَقْدين بتنقُّل الملك.

**فصل في بيان ما خرج عن القاعدة السابقة في الدعاوي بأمر يختص به**

وهي خمسةٌ سبقتْ ترجمتُها[1] والوعدُ ببيانها:

الأول: ما لا تحتاجُ بينتُهُ لِتَقَدُّم دعوى، وهو ما يثبتُ بشهادة

---

(١) بعنوان: «مسألة في تعارض البينات» رقم ١٢٥٣.

الحِسْبة، على ما ذكر في باب الشهادات في مسألة منع شهادة المبادر مشروحاً[1]، أقول: وقد يُلْحَق به ما يُفْهِمه إطلاقُ الأئمة وهو ما يتعلَّقُ بتصرُّف الحاكِم في مالٍ غائبٍ، وممتنعٍ، ومَدِينٍ، وصبيٍّ، ونحوه مما يَحتاج معرفتُهُ لبينةٍ كأَنْ يريدَ بيعَ عقارِ يتيمٍ لحاجته، فيُشهِدَ بها من يخبرُهُ، أو مالَ مدينٍ ونحوه فيقوِّمَه اثنان ويُشْهدا بقيمته، أو يَحتاجُ لعلمٍ مِلْكِهِ له أو يدِهِ فيُشْهدا بذلك، فظاهرُ كلامهم الاكتفاءُ بطلب القاضي الشهادةَ بها، كما في تعديل الشاهد.

ويُلْحَق به ما مرَّ في مال صبيٍّ شهد اثنان أن وصيَّهُ يخونُه ونحو ذلك، وما سيأتي عن القفال في دَيْنِ الغائب أو مالِه إذا خُشِي فواتُه وقامتْ بينةٌ بحاله من الاكتفاء بهما من غير دعوى، وذكر الغَزِّي في «أدب القضاء» في بعضها أن المتَّجِه في بعضها اشتراطُ تقدُّمها، ثم أَخَذَ يتكلَّفُ في تصويره بأمور خارجةٍ نَقَلَ بعضَها عن «فتاوي السبكي» ولم أَرَه لغيره، مع أنه حكى شيئاً منه عن ابن أبي الدم وقال: إنه به جرتْ عادةُ القضاةِ، وليس بشرط، وأيضاً فالقاضي في الأحكام كأبي الأطفال في تولِّي مصالحها العامةِ من جوانبها، كما قد مرَّ أنه يَقْضي بعد الثبوتِ بغيرِ طلبِ إذا كان الحكمُ لصبيٍّ في وِلايته وغير ذلك، وإنْ كان في المسألة نقلٌ صريحٌ عن أئمة المذهب باشتراطه فسمعاً وطاعةً، ويَحتاجُ لبيان صورته ومستَنَده.

الثاني: ما لا تحتاجُ البينةُ فيه بعد دعواه لجوابِ الخصمِ أو حضورِهِ؛ فمنه: دعوى توكيلِ شخصٍ له في خصومةٍ، فيكفي تصديقُ الخصمِ له فيها وفي غيرها، لا لإثبات الوِكالة، ولا يُشترطُ حضورُهُ عند

---

(١) برقم: ١٢٤٠.

إقامتها، ولا الموكِّلُ، وإن كان في البلد، ولا حلفُ الوكيل للاستظهار، على المعتمد، لأنه في الحقيقةِ حكمٌ له لا عليه، لكن لا يلزمُ الخصمَ تسليمُ الحقِّ وإن صدَّقه إلا بالبيِّنة، ويجوزُ إعطاؤه دونها، ومنه دعوى قيِّمِ المحجورِ حاجتَه وأنه ليس له إلا عَقَارُه ليبيعَه، ذكره الغزِّي.

ومنه: الدعوى على ممتنِعٍ، ومَنْ لا يعبِّر عن نفسه، كغائب، وميت، وصبيٍّ ونحوه في دَيْنٍ أو عَيْن، أو إثباتِ عقدٍ، وباستحقاقٍ في وقف، أو وصية فيما بيد الحاكم لجهةٍ عامةٍ أو مسجدٍ ونحوه بصفة خاصة للمدَّعي، فإذا أقام بينةً بما تقتضيه دعواه: كَفَى، وشرطُه في الغائب: أن لا يقولَ في دعواه: هو مقِرٌّ بحقِّي، وإلا فلا تُسْمَعُ إلا أن يكونَ دَيْناً، وله مالٌ حاضر يريدُ قضاءَه منه، أو عيناً في ولايته يريدُ تمكينَه منها، قال زكريا والمُزَجَّد: وكذا إن كانتْ بينةٌ بالإقرار فيما يظهر، وللقاضي في الكلِّ نَصْبُ مسخَّر يُنْكِر الدَّعوى ليبنيَ عليها البينة، ولا بدَّ في الممتنِعِ من ثبوت امتناعِه إن كان في البلد أو قريباً منه، فإن لم يظهرْ نُودِيَ عليه في مَحَلَّته بأنه مطلوبٌ لكذا وأنه لم يحضُرْ إلى ثلاثة أيام سُمِعت الدَّعوى به وأُجْري عليه حكمُها، ويُكَرَّر ذلك، فإذا لم يَحضُرْ وشهد عدلان أنه يأوي دارَه سَمَّرَها، وإن أُخبِر أنه يأوي دارَ غيره بَعَثَ عدلَيْن مع نساءٍ وصبيانٍ ونحوهم ليفتشَ فيها، فإن وُجِد عَزَّرَه إن رآه، وإلا نُودي كذلك، وبعد الثلاثِ في الحالين تُسمعُ الدَّعوى عليه وبيِّنتُها، فإن هربَ بعد إقامتها حُكِمَ بها، وكذا قبلَها وقبلَ الدعوى.

ولا يُحلَّف المدَّعي يمينَ الاستظهار(١) على الأصح عند الأذرعي والنَّشائي في «الجامع» وهو ما جَزَم به صاحبُ «العُـدَّة» والماوَرْديُّ

---

(١) سيأتي قريباً صفحة ٧٤٢ تعريفها والكلام عنها مفصلاً.

والرُّوياني، ومال إليه ابن المُقْرِي، وقيل: يُحَلِّفها احتياطاً للحكم، وصحَّحه البُلْقيني، وإن لم تكن على الممتنعِ بينةٌ، فهل يُحكم بالنُّكول ويحلِّفُ المدَّعي يمينَ الرَّدِّ[1]؟، قال الماوردي: الأشبهُ نعم، لكن بعد إعادة النداءِ أنه إن لم يحضُر حُكِمَ بنكُوله، وتَبِعوه، قال الغَزِّي: وقياسُ الهارب مثلُهُ، ومَنَعَه البغويُّ وأقرَّه الرافعي، وإذا حُكِمَ عليه فُتِحَ تَسْمِير داره، قال الأذرعي: ولا يُسْمَرُ إذا كان يأويها غيرُهُ ولا يخرجُ الغير فيما يظهر؛ ومنِ امتنعَ لمرضٍ أو عذرٍ من أعذار الجمعةِ كخوفٍ بَعَثَ إليه القاضي نائباً إن شاء ليَحْكُم بينهما هناك، أو يطلبَ التوكيل إن شاء، ولا يكلِّفه ذلك، بل له أن يحكُمَ عليه إن كانت بينةٌ كالغائب، صرَّح به البغويُّ، وقرَّره الإسنويُّ ثم زكريا والمُزَجَّد، فإن توجَّهت عليه يمينٌ بَعَثَ من يُحلِّفه إياها.

ولا تُسمعُ الدعوى على الميت الذي له وارثٌ خاصٌّ إلا في وجهه أو أحدِ ورثته، كما سبَق إن لم يغيبوا، وفي غير ذلك والدعوى على مَنْ لم يعبِّر عن نفسه كغائبٍ فوقَ مسافة العَدْوَى وهي: منْ لا يَرجِعُ من بكَّر إليها إلى ما ذهب منه إلا ليلاً، وصبيٍّ ومجنونٍ وسفيهٍ يشترطُ لها بينةٌ بالمدَّعَى أو علُم القاضي، وأن يقول في دعواه: وَلِي بينةٌ بذلك، أو: وأنتَ تعلَمه، فإذا قامتْ وعُدِّلت أو عَلِمَه: ثبتَ الحقُّ، لكن لا يحكُمُ به إلا بيمينٍ، كما سيأتي كيفيتُها وتفصيلُها في الثالث، ومن هذا القسم ـ على رأي أكثر المتأخرين ـ من تنفيذ الحكم، فإذا شهدتْ بينةٌ بحكمِ حاكمٍ عند حاكمٍ آخرَ لينفِّذَه أو يحكُمَ به ـ والخصمُ المحكومُ عليه في حدِّ القُرب ـ فينبغي أن يُحْضَر، ويدَّعي في وجهه، ويبيِّن له ما ثبتَ عند الحاكم الأول، فلعل معه دافعاً.

---

(١) تقدم تفسيرها برقم ١١٩٧.

وهل ذلك شرطٌ، أو يجوزُ للثاني سماعُ دعوى الحكم من ناقِلِهِ وبيِّنتِهِ والحكمُ به وإن لم يحضُر؟ قال الريمي: صرَّح الرُّوْيانيُّ بعدم الاشتراط، وَجَزَم به في موضعين من «البحر»، وهو الأظهرُ فيما ذكره ابنُ الصلاح في «فتاويه»، وأفتى به أكثر أهل اليمن، منهم أحمد بن عُجيل، واقتضاه تصويرُ العِمراني والجَمَالِ المسألة قال: وقال محمد أبو إسماعيل الحضرمي والجَمَال العامريُّ باشتراطه، واقتضاه تصويـرُ ابنِ الرِّفْعة والزَّنْكَلُوني للمسألة. انتهى، وكذا أفتى بعدمه أبو السعادات ابن ظَهيرة قال: كما صرَّح به بعضُهم، وعليه عملُ القضاة، وَنَقَل في «الخادم» عن الرُّوْياني أنه نقل عن «حاوي» الماوردي اشتراطَه، وإليه رجعَ موسى بن الزَّين بعد أن أفتى بالأول، ونقله الغَزِّي عن «فتاوي السُّبْكي».

وهل يُحتاجُ ليمينِ الاستظهار؟ ظاهرُ إطلاقِ الأئمة: لا، ويدلُّ عليه أنهم جوَّزوا نقلَ إثباتِ الحقِّ بالشهادة دونها إلى قاضٍ آخَرَ ليرتِّبَ عليها حكمَه، فإِنْ كان الخصمُ قريباً أحضَرَه وأثبَتَ ما نُقل إليه وَحَكَم بلا يمينٍ، وإلا حُلِّف الناقل للاستظهار، ولأن الحجةَ بعدها تمتْ فلا تُعاد، وبه أفتى نجم الدين المُوْقاني وغيرُهُ ممن عاصر النوويَّ، ولذا قال زكريا في «مختصر أدب القضاء»: والمختارُ عدمُ اشتـراطِهِ الحضـورِ واليمينِ. انتهى. ومن هذا القسم: من ادَّعى إليه إحالةَ غريمٍ عليه بدَيْن، فله إقامةُ بيِّنةٍ بالبراءة منه قَبْلها، كما سبق، لدفع الدعوى، وإن كان المُحِيلُ في البلد وله معه كلامٌ آخرُ.

الثالث: ما لا يُحكَم فيه بالبينة إلا بيمين بعدها احتياطاً للحكم، وتسمَّى يمينَ الاستظهار، وذلك في غائبٍ بمسافةٍ فوق العَدْوى، كما ذكر

قريباً[1] ولا وكيلَ له، وميتٍ بلا وارثٍ خاصٍّ حاضرٍ، وصبيٍّ ومجنونٍ وسفيهٍ بلا وليٍّ قائم ولو في وقفٍ لأحدهم فيه حقٌّ إذا ثبتَ الحقُّ عليهم ببيِّنة، فلا بدَّ للحكم من يمينٍ يحلِفُها المدَّعي بثبوتِ الحقِّ في المدَّعى وبقائه احتياطاً، بتقديرِ أن المدَّعَى عليه حَضَر وادَّعى مُبْطِلاً له؛ ولليمين كيفيتان: إحداهما: أن الحقَّ ثابتٌ فيما ادَّعاه، والثانية: في الدَّيْن أن يقولَ: ما برىءَ من شيءٍ منه ولا اعْتَضْتُ عنه ولا أَحَلْتُ به، ويذكُرَ لزومَ التسليمِ في الكيفيتين، قال السبكي: ويتعيَّن الاقتصارُ على نفي المُسْقِطات لو مات من له الحقُّ في حَلِف وارثه ويقول: لا أعلمُ أنه برىءَ منه إلى آخره، ومن أين له القطعُ ببقاء الحقِّ لا سيما إن كان صبياً لا يعقلُ، ونحوَه، وقد صرح به الأصحاب في ذلك، وأطال في تقرير ذلك، وتَبِعه ابنُهُ تاج الدين، والإمام الزَّرْكَشي ـ وقال: إنه الوجه ـ وموسى بن الزَّين.

فإن كان للغائبِ ونحوِه وكيلٌ فلا يمينَ إلا بطلبه على الأرجح، لأنه حكمٌ مع حاضر، وكذا إن كانتِ الدعوى على الميتِ والمحجورِ في وجهِ وارثٍ خاصٍّ أو وليٍّ، وعلى الحاكمِ إعلامُهما بجواز طلبها إن جَهِلا، واختار الأذرعيُّ وجوبَها في المحجور وإن لم يطلبُ وليُّه، وفي ميتٍ عليه دَيْنٌ مُستَغْرِقٌ وإن لم يطلبِ الوارثُ، وبه أخذ الغَزِّي، قال: إلا أن يحضُر معه الغُرَمَاءُ كلُّهم وسكتوا، فإن ادَّعى وكيلٌ غائبٍ دَيْناً على حاضر وأثبتَ به فقال: قد أبرأَني منه ـ ولا بينةَ له ـ كلِّف الإيفاءَ، فإن ادَّعى علمَ الوكيلِ به فله أن يحلِّفه بنفيِ علمِهِ على الأرجح، أو وكيلُ غائبٍ أو ناظرُ وقفٍ ـ كما قال زكريا ـ على غائبٍ وأثبتَ: حَكَمَ بلا يمينٍ إذْ لا يُمكَّنُ

---

(١) صفحة ٧٤٠.

منه، قال ابن الصلاح: وكذا لو أثبت حاضرٌ بما ادَّعى، ثم غاب وطَلَبَ وكيلُهُ الحكمَ أو الاستيفـاء، وخُولف.

قال الطبريُّ في «شرح التنبيه» والجيلويُّ في «الذنابة»: وكـذا لو أثبتَ به على صبيٍّ أو مجنونٍ أو ميتٍ، وأخذ به الرَّيْمي في «شرح التنبيه» وقال: إنه مقتضَى كلامِ الغزالي في «الوسيط» وبعضِ نُسَخ «الوجيز»، وبه جَزَم زكريا في «مختصر أدب القضاء»، وكذا الغَزِّي في أصله[1] في الميت، ونقله عن السُّبْكي، وأفتى الأَصبحيُّ بالمنعِ في غير الغائب إلا بحضورِ الموكِّل ويمينِه، وفرَّق بأن الغائبَ يُمكِنُـه دعوى ما يُبْطل المدَّعى، بخلافهم، وقياسُ سقوطِ اليمينِ عن الموكِّل في هؤلاء أن تسقطَ عن الصبي والمجنون إن كانت الدعوى لهما على مثلهما، أو على غائبٍ، فلا يؤخَّر الحقُّ حتى يكْمُلا، بل يُحكَم به ويُقْبضُ لهما، بل هما أولى من الموكِّل، لأنه قادرٌ على اليمين في الحال.

وهو ما صرَّح به عز الدين بن عبد السلام، ثم السُّبكي، والأذرعي، والزَّرْكشي، والبُلْقيني الكبير مع تصحيحِهِ انتظارَ يمينِ الموكِّل، وأفتى به القاضي إبراهيم بن ظَهِيرة، وطوَّل فيه وقال: حكمتُ به مراراً، وَجَزَم به زكريا في «أدب القضاء»، وقال في «شرح المنهج»: إنه المعتمد، قال الرافعي في «أصل الروضة»[2]: وبنيتُ المسألة على أن التحليف واجبٌ ـ فَيُنْتَظَرُ كمالُهما ـ[3] أوْلاً فلا، وهو ما ذكره القاضي الحسين، وظاهرُهُ وجوبُ التأخير، قال الجلال البُلْقيني: ويمكنُ حَمْلُهُ على صبيٍّ يبلُغُ في

---

(١) أي «أدب القضاء» الذي اختصره القاضي زكريا.

(٢) هو «شرح الوجيز» المشهور باسم «فتح العزيز» وأصل تسميته «العزيز».

(٣) أي: كمال الصبي والمجنون.

مدةِ مسافةِ العَدْوى[1]، وإلا فلا سبيلَ للانتظار، فإن فيه ضرراً: على الصبيِّ بتأخيرِ حقِّه لأمر مشكوكٍ فيه، والأصلُ عدمُهُ، : وعلى المحكومِ عليه ببقاءِ الدَّين وضمانِ غيره عليه، وقد يتلَف، والاحتياطُ لهما تركُهُ، قال ابن ظَهيرة: وكيف يَحْسُنُ من الشيخين إيجابُ انتظارِ الصبيِّ لليمين مع إسقاطِها في حقِّ الموكِّل مع قربه، وقال السُّبْكي والزَّرْكشي: وكيف يحسنُ قياسُهما على الغائبِ الذي يُحلَّفُ على البتِّ، لأنه عالمٌ بحاله ويمينُهما على نفي علمِ المُسْقِطِ، كما سبق، لأنه غايةُ ما يَقْدِران عليه.

قال السبكيُّ: وينبغي أن يزيدَ القاضي الاجتهادَ، فإن ظَهَرَ له بقرائن الحال البراءةُ: تَوقَّف عن الحكم، وإلا أمضاه، لتمام حجة الشرع فيه، قال: وإذا كَمُلَا وتوقَّفا عن اليمين فينبغي أن تُرَدَّ على المحكوم عليه ليحلِفَ على البراءة، لأن يمينَهما لنفي الحقِّ، لكن يُشْبه احتياجُه لذكر ذلك من المحكوم عليه أولاً، فتكونُ دعوى جديدةً يحلِّف الصبيُّ لنفي علمها، أو يردُّ فيحلفُ المحكوم عليه بالإبراء ونحوه، فيرتدُّ له ما قَبَضَ منه أو بدلُهُ إن فات، وكذا قال الزركشيُّ نحوه، قالوا: وينبغي للقاضي أن يكتبَ بحكمِهِ كتاباً يَقِفُه إلى كمالهما فيه بيان الحال، هذا كلُّه حيثُ قلنا: إن الوليَّ لا يحلِف في حقِّ الصبي، وإلا فيحلِف، وقد سبق أن المختارَ أنه يحلِفُ فيما باشَرَه، فإن كانت القضيةُ فيه حلَف للاستظهار وتَمَّتِ الحجة، وإلا فلا، وحيثُ قلنا بردِّ اليمين بعد بلوغِهما بعد دعوى البراءة ونحوه: فَمِثْلُه جارٍ في حقِّ الكاملِ لو ادَّعى عليه المحكومُ عليه ذلك.

أما يمينُ الاستظهار المكمِّلة في حقِّ الميت والصبيِّ بلا دعوى براءةٍ ونحوها لو أراد ردَّها فلا ترتدُّ، لأنها ليست من الحجة، بل هي شرطُ

---

(1) تقدم تعريف المصنف لها ص ٧٤٠.

للحكم بها، وكذا لا يَسقطُ حقُّ المدَّعي بتأخيرها، بل متى حَلَفَ حَكَمَ له وإن تطاوَلَ الزَّمن، لأنه غيرُ ملزَم بها، كما لو تَرَكَ طلبَ ما لزِم له عند آخَرَ، كذا أفتى به أبو مخرمة، وهو ظاهرٌ، وذكر موسى بن الزَّين في مسوَّدة «شرح الإرشاد» أنه أفتى بعدم التروِّي في سفيهةٍ بالغةٍ زُوِّجت وأثبتَ وليُّها حقوقَ زوجيَّتها على زوجها الغائب: أنها لا تحتاجُ ليمين استظهارٍ، وفيه نظرٌ، وأفتى المُزَجَّد في مريض قال للحاكم: اقضِ فلاناً كذا بعد موتي، فإنه دَيْنٌ له عليَّ، أو: أعطِهِ كذا من مالي وصيةً، ومات عن أطفال: أنهما لا يحتاجان لها، وأشار في موضعٍ آخر إلى أن ذلك فيما إذا لم يتخلَّلْ قبل موته ما يمكنُ فيه الإيفاء، ولا تجبُ يمينُ الاستظهار بعد ثبوت الحقِّ على ممتنِعٍ، ولا في تنفيذِ حكمٍ على الأرجح فيهما، وكذا لو ثبت الحقُّ بشاهدين على غائبٍ وحَلَف المدعي للاستظهار، وحُكِم به، ثم نُقِل ذلك إلى حاكمٍ آخَرَ ليحكمَ به: لا يحتاجُ لإعادتها عنده، على أصح الوجهين، وكذا قبلَ الحكمِ، على الظاهر وَسَبَقَتا في الثاني.

(الرابع والخامس في المسألة رقم ١٢٧٠)

## تنبيـــــه

الحكمُ على الغائبِ جائزٌ في كلِّ شيء غيرَ حدودِ الله تعالى، ويمينُ الاستظهارِ جائزةٌ في الدُّيون والأعيان، وكذا في العقودِ بأنها صحيحةٌ باقيةٌ، وكذا في الإبراء بوَصْفه بالصحة، كما اقتضاه إطلاقُهم، واعتَمَدَه الأذرعيُّ، وكذا في الإقرار بذلك، وأجاب ابن الصلاح به في الكلِّ، وأجاب مرةً أخرى في الإبراء إذا شهدوا بعلمه بالحقِّ، والصيغةُ الصحيحةُ أنه لا يُحتاج لها لأنه إذا صحَّ لم يَعُدِ الحقُّ، قال الأذرعي: بل قد يدَّعي الغائبُ الإكراه لو حَضَر، ولا يُحتاجُ ليمينِ الاستظهارِ في بيِّنةٍ شهدتْ بعتقِ

عبدٍ حِسْبةً وإن طلبَ العبدُ الحكمَ بها إذا لاحظَ جهةَ الحِسْبةِ، كما أفتى به ابن الصلاح، قال الأذرعيُّ: ويجيءُ ذلك في الطلاقِ وغيرِهِ من حقوق الله المتعلِّقةِ بمعيَّن.

## ١٢٦٦ ـ مسألـة

القضاءُ على الغائبِ الغيبةَ المعتَبَرَة: نافذٌ وإن لم يكنْ في محلِّ وِلاية القاضي، وله الأداءُ عنه من ماله في محلِّ وِلايته من مالٍ إن كان بطلبِ الخصمِ ولو ببيعٍ، كما مرَّ في صفة الإيفاء في باب الفلَس وقُبيل فصلِ الشهادات، وله الحجرُ عليه إن كان في محلِّ ولايته وادَّعى غريمٌ عليه دَيْناً وأثبتَ أن ديونَه فوقَ ماله، كما ذكره البكري، وكذا للقاضي بيعُ مالٍ خارجٍ عن ولايته في ملكِ مديونٍ هو فيها وامتنعَ من القضاء، كما ذكره القاضي حسين وتَبِعه غيره، كالقَمُولي وابن قاضي شُهْبة، وغيرهم كابن الزَّين، وإن لم يكن حاضراً عندهم، كما قاله السُّبْكي وغيرُهُ، كما لَه أن يزوِّج امرأَةً في ولايته برجُلٍ خارجَها، قال ابن قاضي شهبة: وإنما يمتنعُ إذا غاب هو ومالُه عن محلِّ ولايته أي: فَيُنْهيه إلى حاكِمِ بلدٍ هو فيها أو مالُه، كما ذكره الأئمة، ولا يجوزُ أن يبيعَه قاضي الحكم، وذكر بعضَهم أن من جاز له القضاءُ على شخصٍ فحَكَمَ: جاز له بيعُ ماله، وإن خرج عنِ وِلايته، وهو سهوٌ عجيبٌ، فكيف يقولون: ليس له إحضارُ من ليس فيها للدعوى عليه، وإن كان قريباً إليه، ويبيعُ مالَه قهراً، فلو حكمَ بصحة ذلك حاكمٌ نُقِض حكمُه، كما قاله زكريا.

ولو حكمَ على غائب فبانَ كونُه وقتَ الحكم قريباً فالمتبادِرُ من كلامهم صحةُ الحكم، وقضيةُ عبارة «المنهاج» وغيره عدمُها، ومثلُه صبيٌّ بَلَغ، ومجنونٌ وسفيهٌ كَمُلا، ونحو ذلك، قاله الأذرعي، وإذا باع مالَ

غائبٍ فحضَر وقال: كنتُ بعتُه أو أعتقتُهُ: قُبِلَ إن أقام بينةً، وكذا دونَها، ويبطُل البيع كما ذكره الشيخان في أواخر النكاح خلافاً للبارِزي، ولو بانَ المدَّعَى موتُه حياً بعد بيعِ الحاكمِ مالَه في دَيْنه، قال أبو شُكَيل: فإن كان حالاً: صحَّ بيعُهُ، للزومه له في حياته وموته، أو مؤجَّلاً بانَ بطلانُهُ أي: وكذا إن بان بطلانُ الدَّيْن في كلِّ حالٍ، كما ذكروه خلافاً للرُّوْياني.

## ١٢٦٧ ـ مسألة

إذا حكم حاكم بحكمٍ وَأَخبَرَ به قاضياً غيرَه ولو ببلدِه، أو شهدَ به عدلانِ بعد دعوى المحكومِ له به، وطلَبَ من الثاني الحكمَ بحكمِ الأول في بلدِ ولايته: لزمَه ذلك وإن كانا في حدِّ القرب، وفي اشتراطِ حضورِ الخصمِ إنْ قَرُبَ، ويمينِ الاستظهارِ: ما مرَّ قريباً، وكذا لو أخبره بثبوت الحقِّ بحجةٍ ـ وإن لم يعيِّنها ـ أو شهدَ به عليه عدلانِ بعد الدَّعوى: له الحكم بما ثبت على ما مرَّ فيه أيضاً، لكن يُشترطُ هنا أن يكونَ معه عند الدعوى بحيثُ يجوزُ الحكمُ على الغائب، ويجوزُ في هذه نقلُ شهادةِ واحدٍ ليحلِّفه الثاني معه، أو امرأةٍ ـ حيث جازتْ ـ لتتميمِها بغيرها وتكميلِ الحجَّة عنده، وأن ينقُلَ شهادةَ من لم يعدَّل ويسمِّيه ليعدِّلَه الثاني، فإن قال: شهدَ عدلانِ: كَفَى، والأَولى تسميةُ الشاهدين، بُعْداً عن التُّهمة، وأوجبه خَلْق لذلك، واختاره الأذرعيُّ، سيَّما بينةُ النقلِ بلا حكمٍ، ولو جَرَحهم المحكومُ عليه ببينةٍ مستنِدةٍ إلى وقتِ الحكم أو قبلَه بدون مدَّة الاستبراء: بَطَل، ولو طلبَ من الحاكم بيانَ من شهد عليه لينظُر في جَرْحه حيثُ لم يسمِّه بناءً على عدمِ اشتراطِ تسميته: قال الماورديُّ: فإن كان الشاهدُ مشهورَ العدالةِ عنده، لا يتطرَّقُ إليه جَرح:

لم يلزمْه بيانُه، وإلا لزمه، وأطلقَ ابنُ عجيل وموسى بن الزَّين لزومَه.

وكذا الأصحُّ أن له نقلَ الحكمِ المستندِ لعلمِهِ وإن لم يذكُره لينفِّذَه من يمنعُ الحكمَ بالعلم، نعم إذا ثبتَ الحقُّ بإقرار المحكومِ له عنده، أو بيمينِ الردِّ منه، بناءً على أنها كالإقرار: لزمه بيانُه ولا يجزمُ بأنه عليه، لأن الإقرارَ بالشيء غيرُه ويتطرَّقُ إليه دَعْوَى أنه عن غير حقيقة، على ما فيه، وغير ذلك، وإذا أقرَّ من ثبت عليه الحقُّ عند الثاني حَكَم بإقراره الآن، وبقيَ الأولُ كما هو، وشاهدُ الحكمِ يشهدُ به، وشاهد إقرارِ الحاكمِ به بعد يشهدُ بإقراره، وكلاهما كافٍ، وكذا في سماع ذلك منه لحاكمٍ آخر، ولو علم المحكومُ عليه، أو من ثبتَ عليه الحقُّ عند حاكم ذلك، فأراد إبطالَه بحجةٍ تدفعُه عند حاكمٍ آخَر قبل بلوغِهِ إليه، وَذَكَر له ما جَرَى: فله سماعُ حجَّتِهِ بما يُبْطِلُ ذلك، والحكمُ بها، كما أفتى به موسى بن الزين، وكذا لو حَضَر أو طلبَ من المدَّعي الحلفَ على أنه لم يُوَفِّه بعد أنِ ادعاه، أو أن الشاهدَ له غيرُ بعضٍ له ولا شريكٍ فيما ادعاه، أو لا يعلم جَرْحَه فله ذلك، ولا يجوزُ نقلُ الحكمِ إلى أميرٍ إلا أن يكونَ مفوَّضاً إليه أمرُ القضاء، وله أهليتُهُ، وجوَّزه الغزالي في «الوسيط» وجماعةٌ، نعم سبَقَ أنه لو تعذَّر ذلك من جهةِ القضاةِ، وأنه يحصُل الحقُّ بالإشهاد عنده: جاز فعلُه، فيأتي ذلك هنا، ولو شافَهَ القاضي بحكمه والياً ولو عامياً، وفي غير ولاية القاضي: فله تنفيذُه في محلِّ وِلايته، وكذا للقاضي بعثُ نوَّابِهِ، في محلِّ ولايته وكتابُه لمن حكم عليه فيه، ويجبُ امتثاله.

## ١٢٦٨ ـ مسألة

العينُ الغائبةُ إذا عُرِفَتْ بشهرةٍ أو صفةٍ لا يشارَك فيها: جاز الحكم

بها وإن لم تحضُر، قَرُبَتْ أو بَعُدَتْ، عقاراً أو غيرَه، في وجه الخصم وغَيبته المعتبرة، وإلا فلا يُحكم بها، وللأئمة في دعواها كلامٌ طويلٌ فلينظر، نعم إن كانتْ مضمونةً بيدِ المدَّعى عليه بزَعْم المدَّعِي بنحو غصبٍ أو جَحْدٍ، وطلبَ رَدَّها منه أو تضمينَه بدلَها: فله دعواها موصوفةً بصفاتِ السَّلَم، ويذكر قيمتَها ندباً إن كانتْ مثليةً، وحتماً إن كانت متقوِّمةً، وتغريمُهُ إن حَضَر ما ثَبَتَ، فإن ادَّعَى تلفَها حلِّف وغُرِّم البدل، أو غيبتَها فقيمةُ الحيلولة، وإن امتنعَ حُبِس، فإن عَلِم المدَّعِي تلفَها: وَصَفَ المثليةَ كالسَّلَم، وذِكْرُ القيمةِ حسنٌ، وَذَكَرَ قيمةَ المتقوِّمةِ مع بيان جِنسها فقط، وله أن يصفَها، وإن شكَّ في بقائها فله أن يدَّعيها، لأن الأصل بقاؤها، وله أن يقول: أدَّعي ما هذا وصفُه، فإن كان باقياً فليردَّه، أو تالفاً بدلَه، وإن كان قد وكَّله في بيعه ولم يتحقَّقْه قال: أو ثمنَه إن باعه، فإن أنكر فله الحلِف: لا يلزمُني شيءٌ مما ذكرتَ، وإن ردَّ فللمدَّعي الحلِفُ كما ادَّعى، على الأصح، ثم يكلِّف المدَّعَى عليه البيانَ، ويحلِّف إنِ ادَّعى التلفَ، وإلا ردَّ فيحلِّف المدعي على عدمِ علمِه ويُحْبَسُ له.

## ١٢٦٩ ـ مسألة

إذا ثبتَ دينٌ على غائبٍ أو ميتٍ وله مالٌ حاضر، أو بيدِ غيرِه، أو دينٌ عليه هو مقِرٌّ بهما: وفَّى منه، كما مرَّ، فإن لم يقرَّ فليس للغريمِ الدعوى عليه بالدَّيْنَ، كما نقله الرافعي عن قطع الأكثرين، وهل يدَّعي العينَ إذا لم يكنْ للميت وارثٌ خاصٌ، أو كان ولم يَطْلُب؟ جَزَمَ ابن الصلاح في الميتِ بأن للغريمِ الدعوى لعلَّه يُقِرُّ، قال: والأحسنُ أن له إقامةَ البينةِ بها، وكذا صرَّح به تقي الدين السُّبْكي، قال الغَزِّي: وهو واضح،

وما ذكروه من المنع إنما هو في الدَّين، للفرق بينهما، وأما إثباتُ ملكِ الغائبِ لعينٍ: فقد صرَّح الأصحاب في باب الدعاوي أن ذا اليدِ لا يُقيمُ بينةً بالعينِ له إلا لدَفْعِ تهمةِ يدِهِ إن كان فيها، أو دفعِ يمينه، وأنه لا يثبُتُ بها ملكُ الغائب إلا أن تكونَ في يده بحقٍّ لازمٍ كرهنٍ وإجارةٍ فأُثبتَ به، ويملكُ الغائب فيثبتُ مِلكُهُ على الأصح، وقطع به بعضُهم، كذا في «أدب القضاء».

والأصُّح في «الروضة» وغيرِها أنه لا يثبتُ، وَنَقَـل في الفصل الخامس منه عن شُرَيح منعَ إقامةِ غريمِ الغائبِ بينةً بملكِ العين، قال زكريا بعده: وفيه نَظَر، وَنَقَل عن السُّبْكي في «فتاويه» أن للوصيِّ وغريمِ الميت المطالبةَ بحقوقه، وللحاكِمِ الحكمَ بملكِهِ بطلبهما، بخـلاف الغائب، لأن حقَّه انحصَرَ في التركة، وصرَّح به الأصحابُ في الوصيِّ، وقال السُّبْكي أيضاً: إذا كان دعوى لميت أو غائبٍ أو محجورٍ تحتَ الحاكمِ أو بيتِ مال: فالسلطانُ والقاضي الشافعيُّ يقيمُ من يدَّعي لهم، وكذا من يجيبُ الدعوى عليهم، ونُوَّابُه كَهُوَ. وإنما ذكرَ «الشافعيَّ» لِمَا عُهِد عندهم من تفويضِ الأمورِ الكليةِ إليه فقط، فلو فُوِّضَ ذلك إلى غيره فهو مثلُهُ، فخرج مِن هذا: أن غريمَ الحاضرِ لا يُدْعَى - وكذا غريمُ الغائبِ - ليحلِفَ مع الشاهد، وكذا في إقامةِ البينةِ الكاملةِ، كما ذُكر عن شُرَيح مع تنظير زكريا، وأن: إطلاقَ الرافعي يقتضي المنعَ، وأن لغريم الميت إقامتَها بالعين - وكذا بالدَّيْن - إن لم يطالِب الوارثُ، على مقتضى إطلاق السُّبْكي أن له طلبَ حقوقِهِ، وأن للحاكم إثباتَ ذلك بالبيِّنة بإقامةِ من يُدْعى عن كلٍّ من المذكورين، وهو ظاهرٌ في غير الغائب، لأنه وليُّ مالَهم وما عليهم، وإذا لم يَـنفـق مال المَدِين أُجِّر ولو بغَبْنٍ محتمَلَ في ذلك الوقتِ ووفِّي من أُجرته، ولا تجوزُ الاستدانةُ عليه لذلك ورهنُه في

الدَّيْن، وفاعلُه ضامنٌ لتعدِّيه، قاله أبو حَمِيش.

## ١٢٧٠ ـ مسألة

مالُ الغائب الذي لا نائبَ له فيه: يُقيمُ الحاكمُ من يَحفظُه وَيَتعهَّده، وإن خِيْفَ فوتُه: باعه، كحيوانٍ يُخْشَى هلاكُهُ، وله ذلك وإن لم يغلبْ ظنُّه به، لأنه عُرْضةٌ له، وما حَصَلَتْ صيانتُـه بإجارته اقتصِر عليها، قال القفَّال: ولا يتركُها فتفوتَ منافعُه، وليس له الاتِّجارُ فيه وبيعُهُ إلا لنفقته، إن أَمِنَ تَلَفَه، قال: ولا يأخُذُ له بالشُّفْعة، وإذا قَدِم فليس له نقضُ بيعه وإجارته، وينبغي أن يقتصرَ فيها على أقلِّ زمنٍ يُمكِن لتوقُّع قدومه؛ وإذا أُخْبِر الحاكم بغَصْب مالِ غائبٍ ولو قَبْل غَيْبته: : فله نَصْبُ من يدَّعيه، وكذا بديْنٍ جَحَدَه المَدين وخَشِي فَلَسَه، لا إنْ أَمِنَه، ولا يستردُّ وديعَتَه. انتهى، قال الأذرعيُّ: ومن طالتْ غَيْبته وله دَيْن وخُشِيَ فوتُه: فقد استخرتُ اللَّهَ تعالى وأفتيتُ بأنه ينصِبُ الحاكمُ من يَسْتوفيه، ويُنفقُ على مَنْ عليه نفقتُهُ انتهى، وأفتى موسى بن الزَّين بأن من غاب وله نخلٌ فيه مُكْسُ دولةٍ وهو يحتاجُ إلى القيامِ بصلاحه وَثَمَرُه أو أكثرُه لا يَفي بهما: أنه إنِ اتفقَ من يقومُ بذلك ويبقى للمالكِ جزءٌ من الثمر ولو قلَّ: لم يَجُزْ بيعُه، وإن لم يتَّفقْ من يقومُ به وخُشِي ضياعُ أكثرِهِ بالإهمال: جاز بيعُهُ، وإن لم يُخْشَ ذلك واحتُفِظَ بالإجارة: لم يجز، وإذا جاز بيعُهُ جَازَ بيعُ البياض الذي لا ينفردُ منعُهُ معه، كبياضِ دارٍ أشرفتْ على الخراب، وظاهرُ كلامِه وكلامِ غيرِه منعُ البيعِ إذا لم يُخْشَ ضياعُ أصلِ الملكِ بهلاكٍ، أو دُثُورُه بطولِ مدةِ الأيدي العادِيةِ عليه.

أقول: وقد اضطربَ كلامُ الشيخين في ما للغائبِ من دَيْنٍ أو عينٍ،

ففي بعضِ المواضعِ منعُ الحاكمِ من قَبْضِهما، وفي بعضها: منعُ الدَّين دون العين، وفي بعضها: جوازُه فيهما. وقد قيَّد الفارقيُّ منعَه في الدَّين أو جوازَه بما إذا كان المَدِين ثقةً مليئاً، قال: وإلا وجبَ قطعاً، وقد رأيتَ كلامَ القفالِ والأذرعيِّ، وينبغي أن يُجمعَ بينهما بأن ما غَلَبَ على الظنِّ الفواتُ بتركه غلبةً ظاهرةً: وجبَ أَخْذُه والطلبُ به دَيْناً أو عيناً، وما خُشي فيه ذلك بلا غلبةٍ: جاز، ولا يجبُ إلَّا فيمن وَقَعَ بيده بطريق خيانةٍ كسرقة فيُنْزَعُ ما لم يَحسُنْ حالُه، وفي غيرهما: يجوزُ في العينِ غيرِ الوديعة، لأن من هي بيده نائبُ المالكِ ما لم يختلَّ حالُه، فإنِ اختلَّ بفسقٍ فينبغي نزعُه إن بَعُدَ المالكُ بحيثُ لا يُدْرِيَ به، كما أفتى به أبو شُكَيل ولم يقيِّده بشرطه.

ولا يجوزُ في الدَّيْن لأنه يبقَى مضموناً ولا سلطنَةَ للحاكِمِ على الذِّمم، وإنما قلنا بجوازه مع الخوف: لقولِ الإمام في آخر الفيءِ من «النهاية»: قرائنُ الأحوالِ تدلُّ على أن الغائبين لا يَأْبَوْنَ أن يدَّعي حقَّهم من يَلِي أمرَ المسلمين، وما أطلَقَه الإمامُ من جوازِ الدعوى للغائِب: بَحْثٌ له، والمعروفُ أنه لا يُدَّعى له إلا بوِلاية، أو وِكالة، أو لمن يَتَوصَّلُ به لحقِّ نفسِهِ، أو يدفعُ عنها، كذا ذكره ابن عَبْسِين، وهو ظاهر المذهب، ويُزادُ عليها حالةُ الضرورة كما ذكرنا، وأيضاً فإنما هو في قاضٍ عدلٍ لا يُخْشَى فواتُ ما قَبَضَه حياً ولا ميتاً، فإن خِيفَ عليه بعد موته: فالأوجهُ مَنْعُ أخذِهِ ممن هو ثقةٌ دون غيره، وذكَر الأئمةُ أيضاً أن القاضيَ لا يَقبِض للغائب، ولا يَعفُو عن الدِّيَة، ولا يَفسخُ عقداً له فيه خيارٌ.

ثم ذكرنا من تركه للقبضِ إذا لم يَطْلُبْ منه من هو بيده الأخذَ، وإلا فينبغي وجوبُه إن كان له عذرٌ كسفرٍ، أو مرضٍ مَخُوف، أو خوفٍ،

وهو أمينٌ، وكذا إن عَزَل الوديعُ نفسَه، لا ممن تعدَّى بقبضِه مختاراً وأمنَ عاقبتَه، فالظاهر أنه لا يجبُ، لأنه الذي وَرَّط نفسَه، وقد يحتملُ الوجوبَ إذا قَصَدَ المتعدِّي الخروجَ من المظلَمَة، فقد أطلقَ الأصحابُ أنه يجبُ على الحاكم قبضُ دَيْنِ من امتنَعَ من قبوله بلا عذر، قال الزركشي: وقياسُه في الغائب مثلُهُ.

الرابع: ما لا تردُّ فيه اليمين، وهو نوعان: أحدهما: ما لا خصمَ فيه للحالف بحالٍ وكان الحقُّ واجباً بالأصل، ويَسقطُ بيمينه، فيبقى وجوبُه بتركها، كجزيةٍ لزمتْ ذميّاً للحولِ، فادَّعى ـ وقد غاب فيه ـ أنه قد أسلَمَ في أثنائه، ليُسْقِطَ قِسْطَه، فيحلِّف، فإن تَرَكَ وجبتْ كاملةً، كما لو لم يَغِبْ، لأنه لو أسلم عندنا لأَظْهَرَه وإلا فهو مقصِّر؛ وكمنْ أرادَ إثباتَ اسمِهِ في الديوان، أو حَضَر وقعةً وأراد سهمَ بالغٍ، فادَّعى احتلاماً فيهما، فإنه يحلَّف وجوباً على ما صحَّحه في «الروضة» في الدعاوي، فإنْ لم يَحْلِفا لم يُجَابَا، ومن أنبتَ من ولد الكفار فادَّعى استعجالَه بالدواء: فإن حَلف سَلِم، وإلا قُتِل لظهور ما يُحكم ببلوغه به، لا نكولُ من ادَّعى ما يمنعُ زكاةَ مالِهِ الواجبةِ ظاهراً، فإن تحليفَه مستحبٌّ على الأصح لا واجبٌ، فإنْ أَوجبْناه فتركَه: أُخِذتْ منه.

ثانيهما: ما الأصلُ عدمُهُ، والمدَّعَى له لا يُمكنُ تحليفُه ولا يُنْتظَر، كدعوى وليٍّ مسجدٍ مالاً أو وقفاً له، ووصيٍّ على صرفٍ لجهةٍ عامةٍ وصايتَه على الوارث، أو ما أُوصي فيه على خصمٍ وقيِّمِ ما لبيتِ المال، فينكِرُ الخصم ولا بينةَ، فيحبسُ ليقرَّ أو يحلفَ، ولا يحكمُ بنكوله، لأن الأصلَ عدمُ المدَّعي، بخلاف ما يمكنُ الانتظارُ فيه، كالدعوى لصبيٍّ ومجنونٍ، بل يُنْتَظَرُ كمالُهما، ولا يحكمُ لهما بشيء ما لم يحلِفا.

الخامس: ما يمنعُ الحكمَ بعد الثبوت، وذلك كتبيُّنِ جرحٍ في الشاهد أو مزكِّيه، أو يطرأُ منه ما يُجْرَحُ به بعد الشهادة، أو يُثْبتُ إقرارَ المدَّعي بجرحه، أو أن لا شهادةَ له في ذلك، أو استلحاقِهِ له حيثُ يُلْحقه وإن كان قد لاَعَنَ لنَفْيِهِ، قاله أبو حميش قبلَ الحكم، ومفهومُه أن لا يؤثِّر في الحكم بعد وقوعه، وهو قريبٌ، قال شُرَيح: ولو شهد عدلٌ برؤيةِ هلالِ رمضانَ فصاموا، ثم رَجَع، ففي وجه: لا يلزمُ إتمامُه، ووجهٍ بلزمُ، لأن الشروع فيه كالحكم به، قال الأذرعيُّ: ولعله أقربُ، نعم لو كَمُلَ ولم يَرَ هلالَ الفطر والسماءُ مُغيمة: ففي الإفطار وَقْفةٌ. انتهى.

ومن ذلك: ما يُسقطُ الدَّعوى، كما مرَّ في أثناء بابها، وكذا عِلمُ القاضي بخلافِ ما شهدتْ به البينةُ، فلا يَحكُم بها، وهل له الحكمُ بعلمه؟ أطلقُ الشاشيُّ والماورديُّ والرُّوْيانيُّ منعَه، وقُرِّروا، واستُشْكِل بأنه إذا عَلِم خلافَ شهادتهم فقد علم جَرحَهم، فيكونوا كالعدم، ويمكنُ حملُ الأولِ على ما إذا لم يَعْلَم تعمُّدَهم للكذب، ومن ذلك: رجوعُ الشاهد وإنكارُه الشهادَةَ قبلَ الحكم بها، ونحو ذلك مما بيَّناه في مسألة: أفتى بعضهم[1]، ومسألة: رجوع الشاهد[2] في فصل الشهادة، لا خروجُ الحاكم عن محلٍّ ولايته بينهما، بل يحكم بها إذا عاد، ولا إن مات أو عُزِل أو انْعَزَل بغير فسقٍ وردَّةٍ فرُفِعَ ذلك إلى غيره فإن له الحكمَ بما ثَبَتَ عند الأول، كما في «الروضة» وغيرها، أما إنِ ارتدَّ أو فَسَق فلا، إلا أن يكونَ قد أمضاه قبلهما فينفُذ إمضاؤه، نَقَلَه ابن الرِّفْعة عن الماوَرْديِّ والبَنْدَنِيْجِيِّ وغيرهم.

---

(١) رقم: ١٢٣٩.

(٢) رقم: ١٢٥١.

ولو سمع بيِّنةً، ثم عُزِل، ثم وُلِّي: لم يَحْكم بها إلا أن تُعَاد بعد دعوى جديدة، قال البُلْقيني: إلا أن يكونَ قد حَكَم أولاً بقبول البينة، وإن لم يلزمْ بمقتضاها فلا إعادة، بل له الحكمُ بها الآن، وجُمِع به الإشكالُ في كلامهم، وارتضاه موسى بن الزَّين كثيراً؛ وكذا لو خَرَجَ الخصمُ عن حدِّ ولايتِهِ وَرَجَعَ، لجواز الحكم على الغائب، فلا يضرُّ تخلُّل غَيْبته، إلا إن عُزِل بينهما ثم وُلِّي، بل لا بدَّ من إعادة الدعوى أصلاً، ومن هنا تولَّدتْ مسألةٌ وهي: ما إذا أذنتْ له امرأةٌ في تزويجها، ثم خرجت هي أو القاضي من محلِّ ولايته وعاد الخارجُ، ففي الثانية لا يَحتاجُ لإذنٍ جديدٍ، كما صرَّح به الأَقْفَهسيُّ وغيرُهُ، لأنه لم يخرجْ عن القضاء بخروجه، بدليلِ نفوذِ تصرُّفِ نُوَّابه فيها، قال الفقيهان موسى بن الزين وأبو بكر بن قعيش: والأُولى مثلُها، وذكر الأذرعيُّ والزَّرْكشي فيها نظراً، قال الأذرعي: والأحوطُ تجديدُ استئذانها، وقال الفقيه أحمد بن الطاهر جُعْمان: لا بدَّ منه لأنها بخروجها عن محلِّ وِلايته خرجتْ عن وِلايته، كوليٍّ أذنتْ له فَعَرَضَ له مانعٌ يرفعُ وِلايتَهَ، ثم زال، فلا شكَّ أنه لا يزوِّجها بالإذن الأول، وقاضٍ أذنتْ له لغيبةِ وليِّها فحَضَر الوليُّ ثم غاب: لا يزوِّجها القاضي بالإذن الأول.

ومن أثبتَ بحجةٍ ثم مات بَنَى عليها الوارثُ، ولو مات المدَّعى عليه في خلالِ أيمانِ القَسَامة، أو عُزِل القاضي، أو مات: بَنَى وارثُهُ وهو في الثانية بخلافه في أيمانِ المدَّعي فيهما، بل يستأنفُ إلا إذا بَقِيَا ووُلِّي المعزولُ ثانياً، فيبني له، وكذلك إنْ أقام شاهداً بمالٍ فَطَرَأَ ذلك قبلَ يمينِ التكْمِلةِ فيستأنف، ولوارِثِه إقامةُ شاهدٍ آخَرَ وإن تخلَّل موتُه، ويَتمُّ به، لا في تخلُّل موتِ القاضي.

## خاتمـــة

قال الغَزِّيُّ ما معناه: لو ادَّعى الصبيُّ على أبيه أنه بَلَغَ رشيداً ـ أي: ولا بيِّنةَ ـ فإن أقرَّ الأبُ انعزلَ عن ولايته ولا يثبتُ رُشْدُهُ للحكم به، وإن أنكرَ لم يحلَّف، ومن ادَّعى على قاضٍ أنه زوَّجه مجنونةً: لا يحلَّف إن أنكر، وإن أقرَّ: ثبتَ، قاله القاضي، وحيثُ قال في شِرْكِ أرضٍ: هو لِطِفْلي، فادَّعى شريكُهُ أنه اشتراه له ليَشْفَعَ[1] فأنكرَ: لم يحلَّف ـ أي: وإن صادَقَه فله بذلُها له كذلك بينه وبين الله تعالى ـ لا بالحكم، وإن كان لفظُ إقرارِ الأبِ أولاً: اشتريتُ هذا لطفلي: ثبتتِ الشُّفْعة لتَضَمُّن إقرارِهِ له، قال شُرَيح: ولو ادَّعى الإمام على الساعي أَخْذَ شيء من الزكاة، فأنكر: لم يحلَّف، ومثله ما إذا أثبتنا تغريم الميت دعوى حقوقه فأنكر الخصم فلا يحلف إذْ لو ردَّها لم يحلَّف الغريمُ، وكلُّ موضعٍ ادُّعِيَ فيه على وليٍّ ـ حيثُ قلنا لا يحلَّف ـ أو وصيٍّ في مالِ ميتٍ أو ناظرِ وقفٍ أو وكيلٍ فأنكر: لا يحلَّف، ولا تنفعُ إلّا البينةُ.

وكذا لو إدعى على شخصٍ: أنك وصيُّ فلانٍ ولي عليه كذا، فأنكر الوِصايَة: لا يحلَّف، على الأشبه، وهو قول ابن القاصِّ، قال: وكذا لو ادُّعي على وكيل يطلُبُه: أنك قد عُزِلت وأنتَ تعلَم: لا يحلَّف، ومثلُهُ الوصيُّ والقاضي وقيِّمُه، ومال إليه شريحٌ فيهم، وهو ظاهرٌ في القاضي كما قال الغَزِّي، دون الآخيرين، فالظاهر تحليفُهما، قال القفَّال: ولو ادَّعى أن زيداً غصبَ زوجتَه: لم تسمعْ، لأنها لا تدخُل تحتَ اليدِ، أو أنها في داره وهو يمنعُنيها: لم تُسمع إلا ببينة، فإن أقامَها فللقاضي خَتْمُ بابها، أو الهجومُ عليها، قال الغزِّي: ومعلومٌ أنه لو أقرَّ أُلْزِم بتسليمها، أقول:

---

(١) أي ليستحقَّ الشُّفْعة.

وبذلك يُعْلَم أن في عدم تحليفه لذلك نظراً، وهو يُشبهُ قولَه فيمن علَّق طلاقاً بدخولٍ ونحوه، فادَّعتِ المرأة وقوعَه، ليحلِفَ على نفيِ علمه: أنها لا تُسْمَع، حتى تدَّعيَ طلاقَه، ولا دعوى للسبب، والأصح خلافُه، ويُشبه تصحيحُ خلافِهِ هنا، إذِ القصدُ إلزامُهُ إخراجَها لا حقّاً ببقائها عنده، وقد شهدتُ القاضيَ ابن عَبْسِين في شخصٍ فَعَل ذلك وأقرَّ به فضربه بطلبِ الزوجِ أدباً، وكذا قال القفَّال: لو ادَّعى أن عبدي هرب فدخل دارك: لا تُسمع، وهو كذلك، إذ لا يَلزمُهُ بذلك شيء إلّا أن يقولَ: وأنتَ تمنعُنيه.

ولو قُسِم مالُ مديونٍ بين غرمائه، فادَّعى آخَرُ دَيْناً عليه بلا بينة، فمن صدَّقه منهم لزمَه ردُّ حِصَّته مما أَخَذَ، ومن أنكر لم يحلَّف، قاله العبَّادي، ومن ادَّعت رِدَّة زَوجِها وأنها خَرَجَتْ منه لكونها قبل الدخول، أو انقضتْ عِدَّتُها بعدُ: حُلِّف لنَفْيِها، فإن لم تنقضِ قيل له: تَشَهَّدْ، فإن أَبى حُبِس ومُنِع منها حتى يَشْهَدَ[1] أو يُقِرَّ.

## تنبيـــه

اعلم أن من أراد الحاكُم البيعَ عليه فيما لزِمه لموته أو فَلَسه أو امتناعه، فما عَرَفَه مِلْكاً له: فذاك، وما كان بيدِ غيرِهِ وهو مقرٌّ به له: فكذلك، أو وهو منكرٌ وبه بينةٌ بمِلْكه: أقامها به بقيِّمٍ يدَّعيها أو بتكليفِ الحاكِمِ للمُفْلِس أو الممتنع دعواها، ثم إذا ثَبَتَ: باعها، وما كان بيده: فإن كانَ ثَمَّ بينةٌ تشهدُ بملكه: استشهدها، وإلا فلا بدَّ من ثبوتِ يدِهِ وتصرُّفه تصرُّفَ المُلَّاك، أو كونِهِ بيدِ المدَّعي عن رهنٍ أَقْبَضَه إياه، واكتفى العبَّادي باليدِ، وصحَّحه السُّبْكي، وسبقتْ في دَيْنِ المفلس.

---

(١) أي: يشهد الشهادتين، فهو كقوله: تَشَهَّدْ.

# بـاب القسمة

## ١٢٧١ ـ مسألـة

إذا ميَّز الشركاءُ أَنْصِبَتَهم، ورضيَ كلٌّ بسهمٍ بلا قُرْعةٍ: صحَّتْ ولـزمتْ، صرَّح بـه في «الشامـل» و«البيـان»، وأفتى بـه الأصبحيُّ وابنُ الزَّين وغير واحد، فلو قَسَم بعضُهم في غَيْبة الباقين وأَخَذَ قسطَه، فلما علم الغائبُ قَرَّرَ ذلك: صحَّتْ لكن من حينِ التقريرِ، قاله ابن كَبَّن، وفي وجهٍ مرجوحٍ: جوازُ الانفرادِ بالقسمةِ في المتشابهات بلا إذنٍ، وبه أفتى النوويُّ وابنُ الصلاح فيمن غَصَب دراهم وَخَلَطَها بماله ولم تتميَّز، وابنُ الصلاح فيمن جَمَع مالاً من ناسٍ لأمرٍ، ثم أراد ردَّه: أنه يميِّز لكلٍّ قدرَ ما بَذَلَ ويدفعُهُ، ومن ذلك يؤخذ أن المنعَ من الانفرادِ إنما هو قبلَ قبضِ كلٍّ حصَّتَه، وأن قسمةَ المِثْليات إذا انفردَ بها بعضٌ ـ بل أو أجنبيٌّ ـ وكانت مختلِطةً، وأعطى كلَّ واحدٍ قدرَ حصتِهِ فرضيَ: جازَ وإن لم يردَّ الباقي، وهو قريب، وقد صرَّح الماوردي بجوازِ انفرادِ أحدِ الشركاء بأَخْذِ نصيبه من المِثْليات بِإِذْن شريكه، وأن فيه بغير إذنه وجهين، وصحَّح الرُّوْياني مَنْعَه، ولا يجوز في غير المثليات.

ولو اقتسم شريكان لهما شريكٌ ثالثُ المالَ بينهما، على أن حصتَه تبقى شائعةً مع كلٍّ منهما: لم يصحَّ، كما ذكره الرافعي في تعليل مسألةٍ

غيرِها، وتَبِعه في «الروضة»، ونقله ابن الرِّفْعة عن تصريح الماوَرْدي وابن الصباغ، وقال القاضي أبو الطيب: لا خلافَ فيه، كذا في «أدب القضاء»، فلو باع كلٌّ منهما للآخَرَ نصيبَه فيما بيده، بنصيب المشتري مما بيد البائع: صحَّ، قال القاضي محمد بن سعيد كَبَّن: لكنْ إذا قَدِمَ الشريكُ الثالثُ فله فسخُ البيع. انتهى، ويخَصَّصُ بما يمكن قسمتُهُ بعد الفسخ إجباراً، لينفردَ بحقِّه، ولا أعلمُ مستَنَده في تمكينه منه أيضاً.

## ١٢٧٢ ـ مسألـة

أفتى ابن كَبَّن بأنهما لو اقتَسما أرضاً بينهما، وَتَرَكا بعضَها بينهما، وهو يتصلُ بعينٍ يُسقَى الكلُّ منها: أن لكلٍّ إجراءَ الماءِ فيه إلى ما خَرَجَ له بقسمةِ المقسومِ لا إلى غيرها مما لا حقَّ لها في العين، وأنه يُجبرُ الممتنِع في ذلك وإنْ بقيَ البعضُ إذا لم تُمْكِنْ قسمتُهُ متساوياً، وكذا العينُ، وبه أفتى ابن عَبْسِين.

## ١٢٧٣ ـ مسألـة

الأظهرُ الذي عليه العمل، ولا ينبغي أن يُتَوقَّف في الأَخْذ به وإنِ إضطـرب فيه ترجيحُ الشيخين: أن قسمةَ المتشابهات إفرازٌ لا دخلَ للرِّبا فيها، لا بيعٌ، أي: إنه يتبيَّن بالقسمة أنَّ ما أُفْرِزَ لكلٍّ هو نصيبُهُ من المشتَرَك، ويدلُّ عليه أنه ﷺ قَرَّرَ قسمةَ اللحمِ رَطْباً، وهو من ذلك فإن النوويَّ فرَّع صحةَ قسمتِهِ على الإفراز، قال: وإلا فلا تصحُّ، إذْ لا يباعُ اللحم بمثله وهو رَطْبٌ. ومن ذلك: قسمةُ الرُّطَب والعِنب على شجرِهما خَرْصاً[1]، وفي الأرض كيلًا، قال أبو مخرمة: ولا يضرُّ تعلُّق الزكاة بهما

(١) أي تخميناً وتقديراً.

ولا باليابس منهما، فيزكّي كلٌّ منهما حصتَه، وكذا في الحبوب، ولا يَتَوَقَّف حِلُّ حقِّه وتصرُّفُه فيه على إخراجِ الآخَر ما عليه، كما يُعْلَم من كلامهم، وأما قسمةُ الزرع بعدَ نباته وقبلَ اشتدادِ حَبِّه: فجائزٌ وحدَه ومع أرضه إذْ لا زكاة فيه، ولا يجبرُ الممتنعُ منه، كما صرَّحوا به، وأشار الرافعيُّ إلى استشكاله، وإنْ كان مبذوراً لم ينبُت: لم يصحَّ، للجهل به، وكذا إن ظَهَرَ حُبُّه واشتدَّ فهو مجهول، إذْ لا مدخلَ للخَرْص فيه.

وحيثُ اقتَسَما أرضاً متشابهةً بأنفسهما بتمييزٍ ورضىً من غيرِ تقديرِ مِساحةٍ: قال أبو شُكَيل: جاز، وبمثله أجاب أبو الحسن البكري في اللحم بلا وزنٍ ولو مع عَظْمه كالعادة، أي: لأنه كَنَوَى التَّمر، ومَنَعَه المُزَجَّد إلا بوزن، قال البكري: ويكفي أيضاً في كلِّ إفرازِ منقولٍ الامتحانُ باليد، ولا يضرُّ في الحبِّ اختلاطُه بحبَّاتٍ من غيره يسيرةٍ لا تُقْصَد، ولو مَلَكاً أرضاً فيها شجر، فأراد أحدُهما قسمةَ الأرضِ ـ دونه ـ: لم يُجْبر الممتنعُ، كما نقله موسى بن الزَّين وغيره عن الماوَرْدي والرُّوياني، وكذا عكسُه، لبقاءِ العُلْقة[١] بينهما، فإن تَرَاضَيا على إبقائه مشتَرَكاً، وامتنعَ أحدُهما من قسمة الأرض وحدَها: أُجْبر، كما ذكره المذكوران حتى يرجعَ إلى ما يُجْبَران عليه من قسمتهما معاً، ولا فرقَ في وجوبها فيها، مع ما فيها، بين أن يكونَ جنساً واحداً، أو جنسينِ كنخلٍ وعنبٍ إذا عُدِّل[٢] بالقسمة بحيثُ يكونُ لكلٍّ منهما جانبٌ بما فيه، كما صحَّحه الشيخان.

فإن كان الشجرُ في جانبٍ دون الآخر: فإن اتَّفَقا على قسمتهما

---

(١) أي: العلاقة.

(٢) سيقول بعد صفحة: وإن لم تكن قسمة الشجر بتعديل..

بالتقويم، ويكونُ لمن وَقَع في جانبه، أو يكونُ عليه شيء يؤدِّيه في مقابلته، أو على قسمتها دونَه: جاز، قال الإمام المُزَجَّد: ولا يدخلُ في قَسْمِهِ إطلاقُ قسمةِ الأرض وإنْ قلنا إنها بيعٌ إذْ لا بدَّ من علمِ قِيمته عند التَّجْزئة، نعم إذا رضيا بالتفاوت مع علمه: فقد نقل الإمام عن الأصحاب جوازَها ونازَعَهم فيه، وقال: الوجهُ إن كانتْ إفرازاً: مَنْعُه، وإن كانتْ بيعاً: فَيَحْتَمِلُ اللزومَ بذلك، ثم يصحُّ أن يَشترطَ لفظَ البيع، إذْ لفظُ القسمةِ يدلُّ على التساوي، واستحسَنه الرَّيْمي، وقال المُزَجَّد: إنه فقهٌ ظاهر، ونازَعَه البُلْقيني إذا أُجْرِي أمرٌ ملزم وهو القبض بالإذن، أي: ويكون الزائدُ بعد العلمِ كالموهوب لمن أَخَذَه، كما أطلقوا الصحةَ، وإذا استأجَرَ أرضاً للزراعةِ وطلَبَ أحدُهما أن يَتَنَاوَبَاها واحداً بعد الآخر: فلا إجبارَ، ويجوزُ بالرِّضا، فلو طلبَ أحدُهما قسمتَها ليزرعَ كلٌّ ما يخرجُ له، ففي الإجبار وجهان «في أصل الروضة»[1] بلا ترجيحٍ، ومقتضى الإجبار في كراءِ العَقِبْ وجوبُه، وصحَّحه البُلْقيني فيه وفي مثله، قال: إذْ لا تَعلُّق لهما بالعين، والظاهرُ جريانُهُ في كلِّ مستأجَرٍ مشترَك، فإن اقتسما فظهر في جانبِ أحدِهما غَبْنٌ: فله الفسخ، قال القاضي: وكذا للآخَر، وأقرَّاه، واستبعده زكريا وقال: كلامُهما فيما بعدُ يدلُّ على منعِهِ، وهو ظاهر.

وإن كان الشجرُ لغير صاحب الأرض، فطلبَ بعضُ أهلِهِ قسمتَه، وكان كلُّ نوعٍ ينقسم بمثله؛ فإن كانت الأرضُ معهم بوقْفٍ عليهم، أو إعارةٍ، بحيثُ يكون لكلٍّ منهم الاستقلالُ بالانتفاع، أو بإجارةٍ مُنْقَضيةٍ أو فاسدةٍ: فلا شكَّ في وجوبِ إجبارِ الممتنِع، وهو ما أطلقه الإمام

(١) تقدم تعليقاً صفحة ٧٤٤ أنه «فتح العزيز» للرافعي الذي شرح به «الوجيز» للإمام الغزالي.

أبو الحسن البكْري، وإن كانتْ إجارتُها مشتَرَكةً باقيةً؛ فإن قلنا بالإجبار في قسمةِ المنفعة للزرع: أُجْبِر الممتنعُ هنا، ويكونُ لكلٍّ ما خَرَجَ له ومنفعةُ موضِعِهِ بالتعديل في حدِّه، وإن قلنا: لا إجبارَ فيها، فَيَحْتَمِلُ منعَ الإجبار، لما مرَّ عن الماورديِّ من مَنْعه في إقراره[1] في أرضٍ مملوكةٍ لهما، لأنه وإن تميَّز نصيبُ كلٍّ من الشجر بقيَ نصيبُ صاحِبِهِ في مَغْرِسِه والأرضُ حوالَيْه، فلم تنقطعِ العُلْقةُ بينهما، وهو ما أطلقَه موسى بن الزَّين في المسألة، ويحتملُ الإجبارَ وهو ما قَطَعَ به البكري، قال: وتكونُ منفعةُ الأرضِ باقيةً بينهما، كما يبقى حقُّ الطريقِ ونحوها. مما لم تتأتِ قسمتُهُ، إذْ لو نَظَرْنا إلى المنع بذلك لامتنعَ به كثيرٌ من قسمةِ الأموال، أقول: وهو عندي أولى.

وإن لم تكن قسمةُ الشجر بتعديلٍ ولم يَتَراضيا بردٍّ فالبياضُ الخارجُ عنه يَدخُلُه الإجبار، كما سبق، والبياضُ بينه إن لم يمكنِ الانتفاعُ به إلا لأهل الشجر بالمرورِ ونحوِ السَّقْي: فلا إجبارَ فيه، وإن أمكنَ بنحوِ بناءٍ وزرعٍ ينفردُ به من تميَّز له شيء، وأمكنتِ المساواةُ: ففيه الاحتمالان المذكوران، وَقَطَعَ ابن الزَّين بالمنع، والبكريُّ: بالجواز.

## ١٢٧٤ ـ مسألة

أفتى الشيخُ الإمامُ جعفر بن عبد الكريم الكَلَاعيُّ في أنواع حبوبٍ اختلطتْ وتُرَى متساويةً: بصحةِ قسمتها إن قلنا: قِسمةُ المتشابهاتِ إفرازٌ لا بيعٌ، ونقله أبو مَخْرَمة وأقرَّه وقال: تصحُّ قسمةُ التمر ـ وإن اختلطَ ـ

---

(١) على حاشية الأصل: «في نسخة: في إفرازه»، وهو الصواب، كما يؤخذ مما تقدم عن الماوردي ـ والروياني ـ ص ٧٦٧.

يَسْراً ورُطَباً ومنصفاً[1] وتمراً، كما قاله الأئمة: إنه تصحُّ قسمتُهُ على الشجر خَرْصاً، بناءً على الإفراز، وهو الأصحُّ، واختلاطُها حينئذٍ معروفُ لمن يعرفُهُ، وكذا أجاب بمثله شيخُنا عبدُالله با فضل، وَمَنَعَه بعضهم، ولا عبرةَ بذلك، لما أطلقه الأصحاب، وكذا لا يضرُّ اختلافُ المختلِطِ دِقِّه وجِلِّه إذا اتَّحد الجنسُ ولم يتفاوتْ ظاهراً، كما أفتى به البكري، إذْ يجري مثلُ ذلك بين حبَّات الجليلِ والدقيقِ، فكذا إن كان كلٌّ في جانبٍ ولا تفاوتَ ظاهراً، فإن تفاوتا ظاهراً: لم يجزْ أن يكونَ الأجودُ في جانب والأردأُ في آخر، تفاوتَ كيلُهما أو تَسَاويا، كما أفتى به الإمام المُزَجَّد، إذْ لا يُطْلَق على ذلك اسمُ القِسمة.

أقول: فلو تَرَاضَيَا بذلك وتساوى قَدْرُهما: لم تَبْعُدْ صحتُهُ، لما قدَّمنا عن الأصحاب من صحتها مع التفاوت، فلو فُرِض ذلك فيما لا يكونُ رِبا لو تَبَايعا بهما كالتَّمْر اليابس: فالوجهُ الجزمُ بالصحة، إذْ أَبْعَدُ ما يقدَّر للمنع كونُها بيعاً ـ وهو هنا صحيح ـ وَتَرَاضيا بعيْنه، ولو اقتَسَما ثمرَ نوعٍ من آخَرَ: لم يصحَّ، كما نُقِل عن الإمام محمد بن عمر با قُضام، نعم إنْ تَسَاويا قدراً وهما يابسان: جاء فيهما ما ذُكِر، وكأنهما تَبَايعا، لكن لا مَدْخَلَ هنا للخَرْص.

## ١٢٧٥ ـ مسألة

لهما أرضٌ مستويةُ الأجزاء، ولأحدهما أرضٌ بجنبها، فَطَلَبَ قسمتَها وأن يجعلَ نصيبَه إلى جهةِ أرضِهِ ليتَّصلا، ولا ضَرَرَ على الآخر، قال البكري: يُجَابُ، وهو داخلٌ في قول ابن المُقْرِي في «الروض» في

---

(١) لم يذكره في «القاموس» بالمعنى الذي يريده المؤلف، ومعناه واضح: أن يكون نصفها بُسْراً، ونصفها رطباً. والله أعلم.

الصلح: ويجبرُ على قِسمةِ عَرْصةٍ[1] ولو عَرْضاً في طُول، فيخصُّ كلٌّ بما يَليه، أي: وإن كان بينهما في الأصل بناءٌ أو زبير: فقد قال زكريا في «شرحه»: إنه يُجْبر سواءٌ أكان قبلَ بنائه أم بعد هدمِهِ إذا طَلَبَه شريكُهُ، وكذا ذكر الأصحاب: أن من له شِرْكٌ، ولصاحبه دونه: أنه يُوزِّعُ أجزاءَ القسمة على الأقل، ولكن لا يُفَرَّق على صاحب الأَثَر نصيبُه، بل إذا خَرَجَ له سهم بالقُرْعة أُعطيَ السهمَ الذي يليه، هـذا في الابتداء، فلو اقتسم جماعةٌ أرضاً وخرجَ لكلٍّ سهمُه، ثم انتقل لأحدهم نصيبٌ آخَرُ لا يتَّصل بنصيبه: لم يكن إلا هو، ولا يُقالُ: تُجمعُ له حصتُهُ، كما أفتى به القاضي ابن عَبْسِين، فلو أراد جماعةٌ بقاءَ حِصَصهم بينهم شركةً، وطلبوا من الباقين أن يتميَّزوا عنهم بجانبٍ، ويكونَ حقُّ المتفقين متَّصلاً: فإن كان نصيبُ كلٍّ منهم لو انفردَ لم يُنْتَفَعْ به بعادة الأرض، وإنما يمكنُ ذلك بجمعِ أنصبتهم: أُجيبوا إلى ذلك، كما صرَّح به في «الروضة».

وإنْ أمكنَ كلٌّ الانتفاعَ لو انفرد: فذكر أبو مخرمَة أنهم يُجَابُون أيضاً، وأنه يُؤخذُ من «الروضة» والذي فيها: تخصيصُه بما سَبَقَ، وظاهرُ كلامهم منعُه لإيجابهم القُرْعَةَ بأقلِّ الأجزاء، ومن خَرَجَ له سهم تعيَّن له، وإن فُرِّق بينه وبين غيره ممن يجبُ اتصاله به، وإلا لأدَّى إلى أن يُتَحَكَّم على صاحب الأقل بطرفِ الأرض دون وسطها باتِّفاقهم على اتِّصال أَنْصِبتهم بلا ضرورة، وإنما أَوْجَبناهم فيما لم ينتفعوا إلا بالاجتماعِ فيه، وفيما سَبَقَ عن البكري لتوقُّف تمامِ الانتفاع عليه مع عدمِ تَضرُّر الممتنِع، ولذا قالوا: لو أمكنَ طالبَ القسمة الانتفاعُ بحقِّه دونَ الآخر لقلَّة نصيبه: أُجِيبَ الطالبُ لحصول انتفاعه بحقِّه دونَ الآخر لو طَلَب،

---

(١) هي ساحةُ الدار الواسعةُ التي لا بناء فيها.

لأنه طلبَ ما يضرُّه ولا ينفعُهُ، فلو فُرض إمكانُ الانتفاع بما خرجَ له بإحياءِ أرضٍ بجنبه، أو أَحدثَ عِمارةً فيه، أو لكونه بجنبِ أرضٍ زرعٍ له: أُجيبَ، كما أشار إليه الماوَرْديُّ والبَغَويُّ أخذاً من نصِّ الشافعي في قسمةِ عَرْصةِ الدار، وقال في «المَطْلَب»: لا شكَّ فيه، وكذا قالوا: لو طَلَبَ صاحبُ الأكثرِ قسمَتَه والباقي لجماعةٍ لا يَنْتَفعون بإفراد حصتهم، فأُجيبَ الأولُ: فلأَحَدِ الباقين طَلَبُ إفرادِ حصَّتهم عندها، وإن أراد الباقون الإِبقاءَ مُشَاعاً، لأن أصلَ القسمةِ أن تُوضع على أقلِّ الأجزاء.

## ١٢٧٦ - مسألة

لو كان بينهم حُلِيٌّ ونحوُه تَتَمَاثَلُ أجزاؤه وتُمكِنُ قِسْمته لو كُسر، فَطَلَبَ ذلك بعضُهم: لم يُجْبَر غيره، كما في دارٍ تَنْقَسم عَرْصَتُها وطينُها لو خَرِبت، فلو تغيَّر بحيثُ لا يمكنُ الانتفاعُ بهما إلا برضِّهما[1]: لزم ذلك، وأُجرتُهُ بينهم، كما سبق في الصلح الإِشارةُ إليه في الدار، وأما قسمةُ العامِرِ: فإنِ انقسمتْ عُلْواً وسُفْلاً بحيثُ يمكنُ تمييزُ نصيبِ الطالِبِ فيهما، ولا يكونُ أحدٌ فوقَه ولا تحته؛ أُجيبَ وإن بقيَ نصيبُ غيرِهِ غيرَ منتفَعٍ به فيهما معاً إن مُيِّز، فإن اجتمعَ جماعةٌ منهم وطلبوا جَمْعَ حِصَصِهم ليمكنَ اتفاقُهما في العُلوِ والسُّفْل أُجيبوا، كما في مسألةِ الأرض، ولا يُجابُ من طَلَب إخراجَ السُّفْل والعُلْو لغيره إلا برضا، فإن أمكنَ ذلك في العُلْو دون السُّفْل، أو عكسه، فطلب بعضُهم القسمةَ فيما يُمكنُ: فالظاهر إجابته، ومثلُهُ لو كان بينهم نَخْلٌ أنواعاً، منها نوعٌ ينقسم ناحيةً لكثرة عدده دون الباقي، فطلبَ أحدهم قسمةَ المُمْكِنِ كما قد قدَّمنا في أرضٍ تمكنُ قسمةُ الإجبار في أحدِ طَرَفَيْها دون الآخر، ولا يمنعُ

---

(١) أي: بكسر أجزاء حليٍّ كل منهما.

الإجبارَ في المنقسِم الحاجةُ إلى بقاءِ طريق ونحوها مُشَاعةً بينهم يمرُّ كلٌّ فيها إلى ما خَرَج له إذا لم يُمكنْ إفرادُ كلٍّ بطريقٍ، نقله الأذرعيُّ عن الماوردي، وأَفْهَم أنه عن نصِّ الشافعي، وحيثُ اقتسما بـالتراضي: السُّفْل لواحد، والعُلْو لواحد، وذُكِرَ سَطْحُهُ لأحدِهما: فذاك، وإلا بقيَ مشتَرَكاً ينتفعانِ به، كما ذكر في الصلح، أجاب بذلك المُزَجَّد في «العُبَاب».

## ١٢٧٧ ـ مسألـة ـ

إذا حصلتْ قسمةٌ صحيحةٌ فيما فيه شُفْعة لغائبٍ، فَقَدِم: فله أن يأخُذَ بالشُّفعة وتَبْطُلَ القسمة.

## ١٢٧٨ ـ مسألـة

إذا كان للطفلِ شِرْكٌ، وفي القسمةِ له غِبْطةٌ، فعلى الوليِّ طَلَبُها وإلا فلا، وإن طَلَبها شريكُهُ وهي إجباريةٌ لزِمتْه مساعدتُهُ، وأُجرةُ القاسِمِ بينهما في الحالَيْن، على الأصح بقَدْرِ الحِصَص، وكذا في غير الطفل إلا أن يَستأجِروه ويُعَيِّنَ كلٌّ على نفسه أَجْراً فيلزمُهُ، وحيثُ وقع بينه وبين وليِّه مشتَرَك: فإن كان أباً أو جدّاً: تولَّى طَرَفَيْ قسمتِهِ، وإلا أناب الحاكمُ عن الطفل منْ يَقْسِم عنه، وسبق في باب الحَجْز.

## ١٢٧٩ ـ مسألـة

إذا نَصَبَ الإمام قاسماً: صحَّ، ويكفي واحدٌ، ثم إن لم يكنْ فيها تقويمٌ: كَفَى، أو فيها تقويمٌ وَجَعَلَه حاكماً وقلنا: للقاضي الحكمُ بعلمِهِ وهو يَعلَمُه: كَفَى، وإلا اعتمدَ تقويمَ عَدلَيْن يعتمدُ خَبَرَهما، وكذا إن

نصبَ الشركاءُ قاسماً: فإنْ جَعَلوه حاكماً فكالإمام، بناءً على جـوازِ التحكيم، ويشترطُ فيه حينئذٍ العدالةُ والحريةُ، ولا يُشْتَرَطان فيمن قدَّموه قاسماً لهم بالتراضي ليميِّزَ ثم يَقْتَرعوا.

## ١٢٨٠ ـ مسألـة

القُرْعةُ تكون ببنادقَ فيها رِقاعٌ ليُكْتَبَ فيها الأجزاءُ أو أسماءُ الشُّركاء، وتجوزُ بالأقلام والعِصِيِّ وغيرها، لا من صفتين، إجباراً.

## ١٢٨١ ـ مسألـة

قال أبو الحسن البكري: الشروطُ الواقعةُ في القسمة التي هي بيعٌ إنِ اقتضاها الإطـلاقُ، أو أن لا يَفعلَ أحـدُهما مـا يُضرُّ بـطلب القسمةِ: فصحيحةٌ لازمةٌ، وإن شَرَطَا أن لا يَفْعَل ما لا ضَرَرَ فيه لم تبطُلْ ولم يَلْزَمْ، أو أن لا يفعلَ إلا كذا ـ مما يُضِرُّ بالقسمة ـ بَطَلَت به، وأما قسمةُ الإفراز فلا يلزمُ فيها. شرطٌ ولا يُبْطِلها، ولكلٍّ أن يتصرَّف في مِلْكه بما لا يُضِرُّ بصاحبه مما يُمْنَعُ منه الجارُ، كما ذكروه في الصلح.

## ١٢٨٢ ـ مسألـة

قسمةُ الوقفِ بين مستحقِّيه لا تصحُّ، وأما قسمةُ مشتَرَكٍ بين وَقْفين: فَجَزَمَ الماورديُّ بجوازها حيثُ جوَّزْناها بين ملكٍ ووقفٍ، قال البُلْقِيني: وبه أفتيتُ، فإن صَدَرَ من اثنين على سبيلٍ واحدٍ، أو من واحدٍ على سبيلين، قال زكريا: فالأقربُ ـ بناءً على ما قاله ـ صحتُها في الأولى دون الثانية، وأما قسمةُ مشتَرَكٍ بين ملكٍ ووقفٍ: فقال الماورديُّ والرُّوْياني في «البحر»: حيثُ قلنا إنها إفرازٌ: جازت، أو بيعٌ: قال الماورديُّ: فقولان،

والرُّوْياني: وجهان[1]، وجهُ الجوازِ: الضرورةُ، وهو قول ابن القاصِّ في لحمٍ بَدَنَةٍ بعضُها ضَحِيَّةٌ، إذْ فيها الخلاف، وطريقه قاطعةٌ له بالجواز، قال في «البحر»: والقياسُ على قول البيعِ المنعُ، والمصلحةُ جوازُهُ، وبه أفتى، لِتَدَاعِي بقاءِ الشيوع إلى الخراب، ومنهم من جَزَم بالمنْع، وفي «المجموع» في اللحم: إنه المَذْهَبُ وقولُ الجمهورِ إن قلنا إنه بيعٌ، وقال السُّبْكي في مسألتنا: المشهورُ المنعُ، وفي «حِلْية» الرُّوْياني: تمتنعُ قسمةُ الوقفِ عن الملك، ومنهم من جوَّزه بناءً على الإفراز، وهو الاختيار، واختار ابنُ الصلاح والنوويُّ في «الروضة» ما اختاره الرُّوْياني، وكلامه كـ «الحِلْية» قد يُفْهِم تخصيصُه بحالةِ كونِها إفرازاً لا غير، وهو ما قَطَعَ به في «مختصرها» لابن المُقْرِي، وقد يُفْهِم إطلاقُهُ الجوازَ، للضرورة، كما في «البحر»، وهو ما فَهِمه غيرُ واحد منه، وأما نَقَلَةُ المذهب غالباً - كالرافعي - فقطعوا بالصحة بناءً على الإفراز، وبالمَنْعِ على البيع.

## ١٢٨٣ - مسألة

إذا قُسم شيءٌ فثبتَ فسادُ القسمة، فما أنفقَه أحدُهما على ما ميِّز له، أو زاده فيه، أو نَقَصَ بحكمه في البيع الفاسد - كما مرَّ بيانُهُ في البيع -: فلا تجبُ النفقةُ، وحكمُ الزيادةِ والنقصِ حكمُهما في المغصوب، فلو بَنَى أو غَرَس فيه: كُلِّف قَلْعَه، ولا شيءَ له إن عَلِم فسادَها، وإلا ففي لزومِ أَرْشِ ما نَقَص بالقَلْع: إشكالٌ، كذا قاله شيخنا عبد الله با فضل، وَنَقَلَ عن البغوي فيه احتمالين، أقول: وَسَبَقَا ثَمَّ، وأن الأرجحَ لزومُ

---

[1] سَبَقَ في المقدمة نقل كلام النووي رحمه الله في مقدمة «المجموع» ١: ٦٥ أن ما نُقِل عن إمام المذهب الشافعيِّ رضي الله عنه يُسمَّى قولاً، وأن ما يخرِّج أئمة المذهب على أصول الشافعي ويستنبطونه من أقواله يُسمَّى وجهاً.

أَرْشِ النقصِ له، لكنْ هل هو على الشريك خاصةً لأنه المطالِبُ بالقَلْعِ، أو لا يلزمُه إلا قدرُ قِسْطِهِ من المقسوم، لأن الأرض عائدةٌ بينهما ولا تغرير من جهته؟ فيه احتمالان، ويُشْبهُ رُجحانُ الثاني.

## ١٢٨٤ ـ مسألة

تُنْقَضُ القسمةُ إذا بانَ خَلَلُها، وهي أفرازٌ سواءٌ قَسَمَ قَيِّمُ الحاكِمِ أو الشركاءُ ببيِّنةٍ تبيِّنه باتِّباعِ ذلك بما لا اختلاف فيه، كنُقْصانِ مساحةٍ في متساوِيَيْن اثنين، وكذا إنْ كانتْ بيعاً وهي بالإجبار، أو يُؤدِّي الفضلُ إلى ربا، وحيثُ لم يتبيَّنْ صِدْقُ المنكِر، فإن نَكَلَ حلَّف المدَّعي وَثَبَتَ.

## ١٢٨٥ ـ مسألة

ادَّعى أحدُ الشركاءِ قسمةً: صُدِّقَ مَنْ أَنكَر، إلا أن يكونَ ثَمَّ والٍ فيها باقٍ على وِلايته وَقَسَمَ إجباراً: فَيُعْمَلُ بقوله، فإنِ اقتسما داراً مَثَلاً، ثم تَدَاعيا بيتاً كلٌّ يقولُ: هو لي بالقسمة، تَحالَفا ونُقِضَت، إلا أن يقولَ أحدهما: إن حَدِّي إلى كذا فَغَصَبَنِيه الآخَر ـ واليدُ له ـ فالقولُ قولُهُ في نفي غَصْبِهِ. كذا في «العباب».

## ١٢٨٦ ـ مسألة

لا يُجبرُ الشريكان على قسمةِ منفعةِ مِلْكِهما مهايأةً: بأنْ ينتفعَ هذا يوماً، وذا يوماً، فإن تَرَاضَيَا جاز، ولكلٍّ الرجوعُ ولو بعد انتفاعه دون صاحبه، وللآخَر أجرةُ مثلِ حصَّتِهِ فيما مضى، ويد المنتفعِ فيها يدُ أمانةٍ كالمستأجِر، فلا يضمنُ إن تَلِفتْ بلا تقصيرٍ، كذا نُقِل عن ابن عجيل، وحيثُ لم يتَّفقا فليؤجِّرْها الحاكم، ويَقْسمُ أجرتَها بينهما ولو

لأحدهما إنْ لم يجدْ غيرَه وقد مضتْ في الشركة. فلو تعذَّرت إجارتُه ولم تَنْقَسم بطريقِ مماثلةٍ أو تعديلٍ بالقيمةِ ـ حيثُ لم تكن نوعاً أو أنواعاً من جنس ـ قال ابن الصلاح: بِيعَ الكلُّ لأنه دائرٌ بين المُهَايأة ـ ولا إجبارَ فيها ـ وبين أن يعطِّل وهو إضرارٌ، وتعذَّرتِ الإجارة فيتعيَّن فيه وفي أمثاله، وَنَقَله الأذرعيُّ وقرَّره وزاده إيضاحاً، فإن لم يَنْفُقْ بثمنِ مثلِهِ ولم يُسْتَأجَرْ فتتعيَّنُ المُهَايأةُ فيه إنْ طَلَبَها بعضُهم، ويُجبر عليها الآخَر، كما ذكره الزركشي وأقرَّه ابن قاضي شُهْبَة، قال الفقيه عبد الله با مخرمة: ولا يُباعُ ما يمكنُ تأجيره أي: عادةً، لكن يخلفُ لكَسَادٍ ونحوه لأنه غير متعذِّر عادةً، فلا يُلْحَق بما ذكره ابن الصلاح، بل يُتْركُ حتى يَنْفُقَ ذلك.

## ١٢٨٧ ـ مسألة

نَقَل ابن هُبَيرة في كتاب «الإجماع»[1] أن مذهبَ أحمدَ أن القسمةَ مطلقاً إفرازٌ، وعن مالكٍ أنها بيعٌ إن تساوتِ الصفاتُ والأعيان، وأن الممتنِعَ عن القسمة يُجْبر بكلِّ حالٍ، وعن أحمد: لا، بل يُبَاع الشيءُ ويُقْسم ثمنُهُ، وعن أبي حنيفة بالإفراز والإجبار تفصيلٌ قريبٌ من تفصيل مذهبنا، إلا أنه منعها في الرقيق، ونقل غيرُهُ عن مالكٍ وجوبَ المُهَايأة بالزمن، وأن الإجبارَ علي القسمة حيثُ ينتفعُ الكلُّ، وإلا أُجْبِروا على البيع إن نَقَصتْ حصةُ كلٍّ منفردةً، وهو أشهر.

---

(١) كذا، وما أظنه يصح، وإنما صوابه «الإفصاح»؟.

## فصــل
## في القائف الذي يُلْحِق النَّسَب

شرطُه: كونُه حرّاً، عَدْلاً، ذَكراً، مجرَّباً بأنْ يُعْرَضَ الولدُ عليه مع نساء فيهنَّ أمُّه تارةً، وليستْ فيهنَّ أخرى فَيُصيب، ويكرِّر، بحيثُ يغلِبُ على الظنِّ حِذْقُه فيه، والأبُ كالأمِّ على الأصح، وكذا قَرَابتُه عند عدمه، ويكفي كونُ القاضي قائفاً، بناءً على حكمه بعلمه، ومحلُّه فيمن وُلِد بين وَطْأَيْن بنكاحٍ وشُبهةٍ ولو لفساده، ولا عبرةَ بوطءِ الزنا، ولا بما قَبْل طلاقٍ أو شبهةٍ تمَّتْ عِدَّتُهُ ثم وُطِئت، بل هو للثاني، ولا يثبتُ وطءُ الشبهة إلا ببيِّنةٍ أو اتفاقِ الزوجين مع المُلْحَق إن كان بالغاً، لا هما دونَه، وإذا قامتْ بينةٌ وجبَ ذلك لحقِّه وإن لم يَدَّعياه، أو أنكرا، أو أحدُهما، أو مات الولدُ ولم يُدْفَن، ولا يلزمُ من استلحاقه لحوقُه بزوجةٍ أنكرتْه، ولا يُقْبل رجوعُ القائف بعد الحكم بقوله، وإلا قُبِل وبانَ عدمُ معرفته، وكذا إن أَلحَقَه بهما، أو نَفَاه عنهما، أو أُلْحق أحدَ توأَمين بواحدٍ، والآخَرَ بالآخر، ولو ألحقَه بأحدِ الاثنين مبهماً بقيَ حتى يُكْمِل تجربَتَه بعدُ، أو يأتيَ غيره فيُلْحَقَ بمن ألحقَه، وإن صَدَّق البالغ أحدَ المدعيَّيْن له: لَحِقَ، ولا نَظَرَ للقائف فيه، ولا لرجوعِ من لَحِق بشخصٍ إلى غيره، ويرجَّح قائفُ ألحقَه بالأشباه الباطنة كخُلُقه وَتَشَاكُلِ أعضائه، على من اعتَمَدَ ظاهرَها، على الأصح، ونفقةُ الموقوفِ بين اثنين عليهما، ويَرجِع من يُلْحِقه بعدُ على من لَحِقه بما أنفق.

# بـاب العِتْق

ونسأل الله أن يُعْتِقنا من النار، ومن رِقِّ الشهوات، وملاحظة الأغيار، مع توفيقه وإعانته، وقبوله وعافيته، والوفاة مع المقرَّبين والأبرار، في لطفٍ ورأفةٍ، وبِشْر وعافية، إنه عَفُوٌّ غفَّار.

لا يُعْتِقُ إلا مُطْلَقُ التصرُّف، أو نائبُهُ، أو وليٌّ محجورٍ في كفارةٍ تَعَيَّنَ العِتْق لها، ولا ينفُذُ من مُبَعَّض ولو فيما ملكه بحرِّيَّته وإن أَذِن سيدُهُ، لنَقْصه عن حقِّيَّة الوَلاء، كما يُؤْخذ من كلامهم في الكفارات، وَجَزَمَ به ابنُ حجرٍ الأخيرُ وغيره، وأشار إليه الأذرعيُّ؛ ويقعُ بلفظَ: الإعتاق، والتحرير، وفكِّ الرقَبة، وكذا كلُّ ما يصلحُ لتخليةِ الرقيق بنِيَّته، كألفاظِ الطلاقِ والظِّهار والإبراء صريحاً وكنايةً، إلا: أنا منكِ طالقٌ أو حرٌّ، ولفظُ العِدَّة واستبراء الرَّحِم في العبد، ولو قال للمَكَّاس: هذا حرٌّ - وَقَصْدُهُ إخبارُهُ كَذِباً - لم يَعْتِق باطناً، وإن أطلَقَ: عَتَقَ، ولو قيل له: جاريتُك قَحْبَةٌ؟ فقال: بل حرَّة - وأراد عفيفةً - : لم تَعْتِق، ويُقْبل فيه كما يُؤْخَذ من «الأسنى».

ويُشْترط قَصْده، فلو قال لامرأة يجهلُها: تأخَّري يا حرَّة، فبانت مِلْكَه؛ لم تَعْتق، وقولُه لغيره: أنتَ تعلَم أنه حرٌّ؛ إقرارٌ به، لا: أنتَ تظنُّ أو تزعمُ، ولا يصحُّ إلا في موجودٍ ولو حَمْلاً نُفخ روحُه، لا مضغةً، كما

قاله القاضي وأَقرُّوه، نعم إن مَلَكَ أمةً وقال: من تَلِدُهُ، أو: أولُ من تَلِدُهُ أو تَحْمِلُهُ حرٌّ: صحَّ، لا في ملك غيره وإن ملكها بعدُ، ولا في حَمْلٍ وُصِّي له به ـ دونَها ـ قبل نَفْخه، فلو زوَّج أَمَته بشرط أن ما تَلِده من الزوج يقعُ حرّاً: صحَّ ويَعْتِقون، ويُغْتَفر وإن كان تعليقاً قبلَ الملك، لملكه الأصل، كمسألة: أولُ من تَلِده، قاله زكريا في «الفتاوي» ويتبعُ الحملُ أمَّه وإن استثناه أو حَدَثَ بين تعليقها بصفةٍ ووجودِها، ولا تَتْبَعُه إن أفرد.

## ١٢٨٨ ـ مسألة

ويصحُّ بعوضٍ ولو من أجنبيٍّ، وحكمُهُ كالخُلْع، ولا بدَّ من قبوله، فإنِ اختلفا فيه: صُدِّق العبد، وحيثُ فَسَدَ بجهلٍ أو عوضٍ فاسدٍ ونحوِهِ مما يفسدُ به الخُلْع: وقع العِتْق بقيمته حينئذٍ. ومنه: أعتقتُكَ على أن تَخْدمُني فقط، وأبداً، أو: إلى صحَّتي ونحوه، فإن أُقِّتَ بمعلومٍ: صحَّ به، فإن تعذَّرت الخدمةُ رَجَع للقيمة، أو في بعض المدَّة: فَقَدْرُها منها، فلو قال: بمائةٍ وخدمةِ سَنَة، ومات قبل الخدمة: فللسيدِ قيمتُهُ، كذا في «البحر»، ويصحُّ تعليقُهُ ولو بمجهول، كإنْ دخلتِ الدار، أو جاء الحاجُّ، ولا بدَّ من وقوعِ ما علِّق به في حياتهما، فإن مات أحدُهما قبله بَطَلَ، إلا أن يقول: إن دخلتِ بعد موتي ونحوه: فيقع به متى وقع، ويلزمُ بموته، فليس للوارث تصرُّفٌ ببيعٍ ونحوه، وله أن يَعرِضَ عليه فِعْل ما علِّق به إن تعلَّق بفعله، فإن امتنع جاز تصرُّفه، وما علِّق بالموتِ، أو مرضِهِ، أو صفةٍ فيه، أو بعده، أو مطلقاً ووُجِدت فيه باختيارِ السيدِ: تُحْسَبُ من ثُلُثه، لا مُطْلَقَةً وقعتْ بغير اختياره، وهو كالطلاق إن علِّق بفعلِ نفسِهِ، أو من يُبالي به، فَفَعَلَه ناسياً للتعليق، أو جاهلاً، أو مُكْرَهاً: في أنه لا يَقَعُ على الأظهر، فإن علِّق بعوضٍ فكتعليق الطلاق به في: وقوعِهِ، واشتراطِهِ

الفوريَّة وعدمَها، وفي الرجوع للقيمة حيثُ يكونُ هناك بمهر المثل.

ويصحُّ تفويضُه للرقيق؛ ويقعُ حيثُ يقعُ الطلاقُ به في الفوريَّة وغيرها لا غير؛ ويصحُّ مبهماً: كـ: أحدُكُما حرٌّ، فإن نَوى معيَّناً تعيَّن، وإلا عَيَّن من شاء، ويُطالَبُ بذلك، وسبق في الطلاق أن من قال لامرأته وأجنبية: إحداكُما طالق ـ بلا نيةٍ ـ وقوعُه على امرأته، ولا ينقدحُ حينئذٍ ذلك في قوله لعبده وغيره: أَحَدُكما حرٌّ، لأن الحريةَ لا تحتاجُ في الأصل لإيقاع، فإطلاقُها في الغير مطابِق للأصل، بخلاف الطلاق، فَيُحملُ على إيقاعه لئلا يُلْغَى لفظُهُ، وكذا لو كان الغير رقيقاً لغيره، فهو كالحرِّ، إذْ لا سلطانَ له فيه، فلو قال لعبديْه: إذا جاء الغدُ فَأَحَدُكما حرٌّ، وَنَوى معيَّناً، عَتَق بمجيء الغَدِ، أَوْ لا ، عيَّن من شاء، فلو زال ملكُهُ فيها عن أحدهما قَبْلَ الغدِ: لَغَا التعليقَ، فإن زال عن نصفِ واحدٍ، بقيَ وَعَتَق ما عيَّن، وقولُه: إن أدَّيتَ لي كذا كقوله: إن أَقْبَضْتَني كذا، فيعتقُ بقَبْضه وهو باقٍ لمن هو له، فيردُّ له بلا غُرْم، وكذا قوله: إن أعطيتَني، بقصدِ مجرَّدِ المناولةِ على قياس ما سَبَق في الخُلْع؛ فإن أطلقَ: اقتضى التمليك، فإن أمكنَ: بأنْ أعطاه آخَرُ ما عيَّن له ليبذُله في ذلك فوراً: عَتَق وإلا لَغَا، كذا أطلقوه، قال زكريا: والوجهُ أن يأتيَ فيه ما في قوله لزوجته الأَمَة: إنْ أعطيتِنِي ألفاً فأنتِ طالقٌ، بما سبق فيه.

وأن لا تُشترطَ فوريَّةٌ، فإن علَّق بإعطاءِ معيَّن: عَتَق بإعطائه فوراً، وإن لم يأذن مالكُهُ، ثم يُرَدُّ له، وله على العبد قيمتُهُ بدلاً عنه، فإن قال: متى أعطيتَني ونحوه: وقع به على التراخي، كما في الخُلْع، وهو إذنٌ للعبد في الاكتساب والإيفاء ونحوه، ليؤدِّيَ منه، وقوله: إن دخلتَ فأنتَ حرٌّ إن شاء زيد ونحوه: يُعْتبرُ فيه تأخُّر الثاني عن الأول، إلا أن يريدَ

مطلقاً، وتعليقُه بالمشيئة كتعليق الطلاق بها، فَتُعتبرُ الفوريَّة هنا حيثُ تُعتبر ثَمَّ، وقولُه لأَمَتِهِ: أعتقتُكِ على أن أَنكحَكِ: يَحتاج لقبولها فوراً، ويَلزمُها قيمتُها لا نكاحُه، إذْ لا يقعُ عوضَ خُلْع، وكذا: على أن تَنكحَ زيداً، على الأرجح، كما اقتضاه كلام الرُّوْياني، وقال الأذرعيُّ: إنه ظاهر، قال زكريا: ولي به أُسْوة، وكذا لو قال رجل لسيده: أَعْتِقْه على أن أُنْكِحَكَ ابنتي، ففعل، كما جَزَم به ابن المُقْرِي في «الروض» وأخذ به زكريا، واقتضاه كلام «الروضة» في الكفارة، خلافاً لما أَوهَمَ خلافَه في غيرها؛ فإن قالت لعبدها: اعتقتُكَ على أن تَتزوَّجني، أو أن أُعطيكَ كذا؛ عَتَقَ بلا قبول، ولا يَلْزم له شيءٌ.

وقولُه: أَعتِقْ عبدك عني على كذا، ففعل فوراً يقعُ بذلك، فإن سمَّى فاسداً: فبقيمته وإن كان العبدُ مغصوباً وآبِقاً، لأنه ضمنيٌّ يُغْتَفَرُ فيه ما لا يُغْتفر في المقصود، لا في أم الولد، بل يقعُ عن السيد، ولا شيءَ له إذْ لا يمكنُ نقلها، فإن لم يقُل فيها: عني، لزمه ما التزم وكان افْتداءً، ولو قال: أَعتِقْه عن المسلمين وعليَّ ألفٌ، ففعل: عَتَقَ عن السيد، ولا شيءَ له، قاله العِمراني وقال: لا أعلم فيها نصاً، وأقرَّه الأزرق، وسبقَ شيء من ذلك في كفارة الظِّهار، ويصحُّ بيعُ العبدِ لنفسِهِ وهبتُهُ إياها، ويلزمُهُ الثمنُ إن كان في الذِّمة مما يكون ثمناً، وإلا فقيمتُهُ، ويَعْتِقُ في الهبة بقبولها، فإن نَوَى بلفظها الإعتاقَ به بلا قبول وإن أطلَقَ، ولم يَقْبَل: لَغَا، ويقعُ العِتْق بإضافته إلى جزءٍ من الرقيق شائعٍ، كنِصْفُك أو بعضُك حرٌّ، أو معيَّنٍ كَيَدُك، كما سبق في الطلاق، وكذا يَسْري عِتْق الشَّريكِ إلى نصيبِ شريكه بقيمته إن أَيْسَرَ بها وأعتَقَه في حياته مختاراً، كما فصَّله الأئمة.

## ١٢٨٩ ـ مسألـة

هل يبطُل العتقُ المُنَجَّزُ بشرطٍ فاسدٍ، كأعتقتُك بشرط أن ليَ الخيار، أو لفلانٍ، أو أنْ أبيعَك إذا شئتُ أو أعودَ فيك؟ يُؤْخذ من «أصل الروضة» في الوقف بطلانُه، قال: لكن في «فتاوي» القفال في صورةِ شرطِ الخيارِ ونحوِه أنه ينفُذ، ولا يضرُّ شرطُه، لأنه مبنيٌّ على الغَلَبة والسِّراية، قال السبْكي: وما اقتضاه كلامُه من بطلانِ العتقِ غيرُ معروف. انتهى، فإن كان في عتقٍ يَحتاج لقبولٍ كوهبتُك نفسَك، أو فيه عوضٌ: فلا بدَّ للعتق من القبول، والظاهرُ فسادُ المسمَّى في العوض، فيرجعُ لقيمته كالنكاحِ إذا قارنَه شرطٌ يُفْسِده، فإنه يفسُد مسمَّاه ويقعُ بمهر المِثْل.

## ١٢٩٠ ـ مسألـة

قال لعبده: إن حافظتَ على الصلاة فأنتَ حرٌّ، قال الإمام القِلَعي: يقعُ لي أنه يُعتبرُ، لوقوعه محافظتُهُ عليها مدةَ استبراءِ الفاسِقِ إذا تابَ وصلَح، وهي سنةٌ، ولو علَّق بمستحيلٍ إثباتاً أو نفياً: فعلى ما مرَّ في الطلاق، فلو قال لمستَوَلَدته: إن لم أَبِعْكِ فأنتِ حُرَّةٌ؛ عَتَقَتْ في الحال لتحقُّق اليأس من بيعها باستيلاده، فلو قال: أردتُ إن لم أتلفَّظْ ببيعك، قال محمد بن سعيد أبو شكيل: قُبِلَ قولُه، وَيَبَرُّ بالتلفُّظِ به، فلا تَعْتِق بعده، فإن لم يتلفَّظْ به: انْتُظِرَ اليأسُ منه بموته ونحوه، كما مرَّ هناك مع ما يُشبه المسألـة، وكذا ينتَظَرُ في قوله: آخِرُ من يخرجُ من الدار من أرقَّائي حرٌّ، فَيَعْتِقُ آخِرُ خارجٍ منهم في ملكه حينئذٍ، ويُقَاسُ به: آخِرُ من خرجتْ منهنَّ طالقٌ.

## ١٢٩١ ـ مسألـة

قال: أعتقتكَ قبل أن أُخْلَق؛ لم يَعتق، وكذا إن قال: عبيدي

أحرارٌ، وليس له إلا واحدٌ، وقوله لعبده: أنتَ ابني، ولأَمَته: أنتِ أمي: إعتاقٌ إن أمكن ذلك من حيثُ السِّنِّ وإن عُرِفَ نسبُهُ من غيره وكذبُهُ، فإن قال له: يا ابني؛ فقياسُ الطلاقِ أن لا يَعْتِق، كذا في «العباب» وهو متَّجهٌ للعُرف به، للملاطفة كما في «الروضة» في خطابِ الزوجة به، وقولُه لولدِ عبدِهِ: بعتُك أباك: إقرارٌ بحريَّة الأب، ولو قال: من بشَّرني بكذا فهو حرٌّ، فأرسلَ أحدُ عبيدِهِ أحدَهم فقال: فلانٌ يبشِّرُك بكذا، عَتَقَ المرسِل فقط.

## ١٢٩٢ ـ مسألة

قال: إن لم أَحُجَّ هذه السنةَ فأنتَ حرٌّ، فقامتْ بينةٌ بأنه يومَ عرفة بالكوفة مثلاً؛ عَتَق وإن أمكن حجُّه بطريق الكرامة، فلو أثبتَ السيدُ بحجِّه فيها، فالقياسُ تعارضُهما، كما في «العُبَاب»، وَسَبَقَ مثلها في تعليق الطلاق، ودعوى وقوعِ الحج كرامةً لوليٍّ بما فيه بيانٌ شافٍ، ولا شك في أن العِتق مثلُهُ.

## ١٢٩٣ ـ مسألة

يَسْري العِتقَ إلى نصيب الشريك ولو شِرْكاً مدبَّراً، كما مرَّ ولو بكتابةٍ ووجودِ صفةٍ علِّق به، أو شراءِ العبدِ مِلْكُ أحدِهما، فيَعْتق على البائع بقيمته، كما في «فتاوي» البغوي، ولا يَسْري عتقُ التدبير، ويَسْري استيلادُ المُوْسِر لنصيب الشريك، لا المُعْسِر، إلا أن يكونَ أباه، ولا يَسْري العتقُ إلى شركٍ ثَبَتَ الاستيلادُ فيه ولم يَسرِ للإعسار، فلو أعتقها المستولدُ بعد أن أَيْسَرَ: سَرَى لنصيب شريكه، ولا يَسْري عتقٌ بعد الموت إلا إذا أوصى بتكميله وَحَمَلَه ثُلُثُه، فيكمَّل وإن لم يرضَ

الشريك على المعتمد، قال في «العُبَاب»: وإن كان قال: اشْتَرُوه وأَعْتِقُوه، أقول: وينبغي أن يكون كذلك وإن لم يَحْمِلُه الثُّلُث إن أجازَ الوارثُ، بناءً على الأصح أن الإجازة تنفيذٌ للوصية، لا ابتداءُ عطيَّة.

## ١٢٩٤ ـ مسألة

من مَلَكَ أصلَه أو فرعَه عَتَقَ عليه، فإن ملكَ بعضَه وأَيْسَرَ بباقيه؛ فإن كان باختياره: سَرَى، وإلا فلا، ولو وصًّى له به: فمات بين الموتِ والقبولِ: فقبولُ وارِثِه كقبولِهِ إن وسِعه الثلث، كذا ذكروه، واستشكله الإمامُ بأنه غيرُ مختار، والبُلْقيني بأن الميتَ مُعْسِر.

## قاعـــــدة

يَثْبُتُ الوَلاءُ للمعتِقِ، ثم عَصَبتِهِ في العتيق وفروعِهِ إنِ انتسبوا إليه، وكذا بإعتاقِ أمٍّ مَنْ أبوه رقيقٌ، ومن جُهِل نسبُهُ، أو كان من زنا، لا في ولدِ حرٍّ أصليٍّ، ومن جُهِل رقُّه على الأصح، ومن عَتَقَ بنفسه فلا وَلاءَ فيه إلا لمُعْتِقِه ومن أَدْلى به، فلا يعودُ لمعتِقِ أصلِهِ لو انقرضوا، ومن أُعْتِق أبوه أو آباؤه وأمُّه وهو حرٌّ أصليٌّ فولاؤه لموالي الأبِ أو آبائِه، دون موالي الأمِّ، فإن سَبَقَ عِتْقُ الأمِّ انتقل بعتق الأب ولاؤُه وولاءُ ذَويه إليهم، ولا يعودُ إذا انقرضوا إلى موالي الأم، وسبق في الفرائضِ والنكاحِ شيءٌ من ذلك.

## فصـــل في التدبير

وهو: تعليقُ العِتْقِ بموتِ المُعْتِقِ، ومثلُه قولُه: دبَّرتُك، ونحوه، ويعتبَر من ثُلُثِهِ بعد الدَّيْن، وله التصرُّف فيه بإزالةِ الملكِ، وبالإجارة

ونحوها، ويبطُلُ بزوالِ مِلكه، ولا يعودُ إنْ عاد له، ولو رَجَعَ عنه بالقول لم يبطُلْ، على الأصح، وهو أنه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ لا وصيةٌ، ويبطُل أيضاً بالوصية به لشخصٍ إن قُبلتْ، لأنهما تصرُّفان متعلِّقان بالموت، وقد سَبَقَ فيها أحدُ شِقَّي إزالةِ المِلْك، وهو إيجابُها الذي تبيَّن بقبوله أنه سَبَبٌ لها، وهي مبطِلةٌ للتدبير، ويصحُّ تدبيرُ شِرْكٍ معيَّن، كنصفِ العبد، ولا يَسْري لباقيه، وكذا مبهَم: كبَعْضِه، ويبيِّنُه هو أو وارثُه، فإن قال: دبَّرتُ يَدَكَ ونحوَها مما لا يقعُ على الجملة: فوجهان، كالقَذْف، قاله الرافعي، ومقتضاه أنه لا يصحُّ، قال الزَّرْكشي ثم زكريا: وهو الظاهر، فإن قال: إنْ متُّ فَيَدُكَ حرٌّ، فمات: وَقَعَ كما في «العباب»، ويصحُّ معلَّقاً كإنْ دخلت فأنتَ حرٌّ بعد موتي، وكذا: إن متُّ في شهر كذا، أو بلد كذا وكذا، أو إذا شئتَ، ويعتبرُ الدخولُ ومشيئتُهُ في حياة السيد.

ويشترطُ فيها الفورُ في: إن وإذا، دون: مهما، ومتى، ونحوهما كالطلاق، فإن عيَّنها بعد الموتِ أو غيرِهِ: تعيَّنَتْ، ولا فورَ إلا أن يأتيَ بالفاء، فيجبُ مطلقاً كإنْ دخلتَ فشئتُ، وإن متُّ فشئتَ، وقوله: إن متُّ فأنتَ حرٌّ إن شئتَ: يُحملُ عليها بعد الموت إلا أن يبيِّن أنها قبلَه، لأنه المتبادرُ في العُرْف، وَسَبَقَ حكم ما عُلِّق بصفةٍ بعد الموت أولَ الباب، فلو قال: متى خدمتَ ولدي حتى يبلُغَ بعد موتي فأنتَ حرٌّ، فكغيره، فإن فَعَلَ عَتَقَ، ولغيره من الورثة مَنْعُه بعد موت الأب، فإذا لم يخدُمْه خدمةً كاملةً كما ذَكَرَ: لم يَعْتق قاله القاضي ابن عَبْسِين، وإذا قال سيدا عبد: إذا متْنا فأنتَ حرٌّ، لم يَعْتِق إلا بموتهما جميعاً، ويلزمُ في نصيبِ أوَّلِهما موتاً به، فلا يَتَصَرَّفُ فيه وارثُه بما يُزيلُ المِلْك كالوصيةِ بعاريَّةِ دارٍ شهراً تلزمُ بموته، ولوارِثِه الانتفاعُ به ما لم يَمُتِ الباقي، ويكونُ باقيه مدبَّراً، وقولُهُ: أنت مدبر أوْ لا: لَغْوٌ، كالطلاق والإعتاق، إلا أن يريدَ الإيقاع،

وقوله: أوصيتُ لك برقَبَتك: محتاجٌ للقبول، لا قولُهُ: إذا متُّ فأَعْتِقوه، وله الرجوعُ فيهما بالقول.

ومن قال: أنت حرٌّ قبل موتي بيومٍ إن متُّ فَجْأَةً، وقبل مرضي إن متُّ بمرضٍ: يقعُ كذلك إن تأخَّر أكثرَ من يومٍ من رأسِ ماله، فإن قال: قبلَ مرضِ موتي وماتَ فجأةً: عَتَقَ بالموت أي: قُبَيلـه، أي: من الثُّلُث، كذا في «العباب»، وقياسُه في: قبلَ موتي مثلُهُ، وسبَقَ وقوعُ الطلاق في مثله في الحال ـ وهو أظهرُ هنا ـ وشيءٌ من هذا أولَ الباب، ولو علَّق عِتْقاً بصفةٍ فوجدتْ وهو مجنونٌ أو محجورٌ بسَفَه: وَقَعَ، وكذا بفَلَس إلا أن تُوجدَ باختياره، فلو قال: إن جُنِنْتُ فأنت حرٌّ، فَجُنَّ، ففي عِتْقه وجهان، قال زكريا: الأوجهُ وقوعُه، وهو كمن علَّق عِتْقَه بفعله ناسياً.

## ١٢٩٥ ـ مسألـة

لا ينفُذُ مِنْ عِتْق المدبَّر إلا ما صار للورثة مِثْلاه ويُوقَف كَسْبُهُ لمالٍ غائبٍ، فإن أُحْضِر فهو له، وإلا فله منه قِسْطُ ما أَعتق، والباقي للوارث.

## ١٢٩٦ ـ مسألـة

من دبَّر حاملاً، أو علَّق عِتْقها بصفة، تَبِعها حَمْلُها وإنِ انفصَلَ قبل موتِهِ وحصولِها، ولا تبطُلُ فيه ببطلانه فيها بعد الانفصال، ويَعْتِق حَمْلٌ قارَنَ عتقَها وإن كانت حائلاً حين لفظه، فلو قال للحامل: دبَّرتُكِ دون حَمْلكِ، قال الزركشي: فقضيةُ كلامهم صحةُ الاستثناء، لا كالمُنَجَّز، وبه صرَّح الماوَرْدي والرُّوْياني بشرطِ: أن تَلِدَه قبل موته، وإلا فلا، إذ لا تَلِدُهُ الحرةُ إلا حراً، ويعرفُ الحَمْل بما ذكروا في الفرائـض والوصايا،

وحيثُ اختلفتْ هي والسيدُ أو وارثه في مقتضى عِتْقه وعدمِهِ وَأَمْكَنا: صدِّق بيمينه، أو اختلف المدبَّرُ والوارثُ فيما بيده: صُدِّق المدبَّرُ وإن ثَبتَ كونُه معه في حياة سيِّده إن قال: كان لغيري ثم ملكْتُهُ.

## فصـــل في الكتابة

هي: عقدُ العِتق بين السيدِ ورقيقِهِ، على عوضٍ معلومٍ، مُنَجَّم بوقتَيْن معلومَيْن أو أكثر، بلفظها كقوله: كاتبتُك على كذا تؤدِّي نصفَه أولَ شهرِ كذا، ونصفَه أولَ شهرِ كذا، فإذا أدَّيتَه فأنت حرٌّ، ولا بدَّ من قبولِ العبدِ فوراً، وذكرِ التعليقِ في الإيجاب أو نيَّته، ويجوزُ كونُ النَّجمين منفعتينِ في الذمَّة، كخياطةِ ثوبٍ، وبناءِ دارٍ ضُبِـطا[١]، وإن اتصلا بالعقد، إذْ لا بدَّ في الإجارة من التأخير، لأنها تُسْتَوفَى شيئاً فشيئاً، وكذا يجوزُ كونُ أحدِهما منفعةً تتعلَّق بعينه متصلةً بالعقد مع غيرها، كخِدْمته شهراً، ودينارٍ لخروجه أو بناءٍ موصوف في الذمَّة، وكذا موصوفةٍ فيها مع مال مؤجَّل، لا معينةٍ مؤجَّلةٍ كخِدْمته الشهرَ الآتي، وفي وجوبِ ذكرِ محلِّ تسليمِ المالِ وأدائه عند الإطلاق ما ذُكِرَ في السَّلَم، ولا تصحُّ إلا في كلِّ العبدِ إن لم يكنْ باقيه حراً، إلا إذا أوصى بكتابته فلم يَحْتَمِلْه الثُّلُث، فيصحُّ فيما احتمله، ويَعْتق بأداءِ عِوَضه للوارث، كما ذكره الشيخان.

ويصحُّ مع عبيدٍ جملةً، ويوزَّع المسمَّى عليهم بقَدْر قيمتهم، فمن أدَّى حصتَه عَتَقَ، لا إنْ دَفَعَ المشتَرَكُ لأحدِ سيِّدَيْه قَدْرَه؛ وقيمةُ من كَاتَبَه سيدُه في مرض موته من الثلُث إلا إنْ أجاز الورثةُ، وبحثَ الأذرعيُّ جواز

---

(١) أي: عُيِّنا وحُدِّدَا.

كتابةِ بعضِ مَنْ باقيه وَقْفٌ على جهةٍ عامةٍ بناءً على أن ملكَ رقبتِهِ انتقل لله، قال زكريا: والأوجهُ منعُهُ إذْ لا يتخلَّص بها، ولو سُلِّم بحثُه لم يختصَّ بوقفِ جهةٍ عامةٍ، ولو كاتبَ أحدَ شريكين ففاسدةٌ، وللسيد فسخُها، فإن أدَّى ما عُيِّن له قبلَه: عَتَق إن كان ما أدَّاه مما يخصُّ حصةَ المكاتِبِ، وإلا فلا، وحيثُ عَتَقَ رجع بما دَفَع، والمالكُ عليه بقيمةِ حصَّتِهِ وَيَعْتِق عليه نصيبُ شريكه إن أيسَر، ولا تصحُّ مع عبدٍ صغيرٍ، ومجنونٍ، فإن قال فيها: إذا أدّيتَ فأنت حرٌّ، فأدَّى ما ذَكَر: عَتَقَ بوجود الصفة بلا غُرْمٍ، والمالُ لمن هو له، وتصحُّ مع مستولَدةٍ ومدبَّرةٍ ومعلَّقٍ عتقُه بصفةٍ، ويَعْتِقون بأولِ سَبَبَيِ العِتْق من الكتابة وغيرها، لا مع مرهونٍ، ومؤجَّرٍ، وموصًى بمنفعتـه، ولا مغصوبٍ إلا أن يتمكَّن من التصرُّف مع الغصب، ولا تصحُّ مع أجنبيٍّ ليؤدِّي عن العبد، لكنْ إن أدَّى عَتَقَ بالصفة، وردَّ له ما دفعَ ويلزمُ للسيد قيمةُ العبد.

## ١٢٩٧ ـ مسألة

تفسُد بكونِ العوضِ لا يصحُّ ثمناً إن قُصِد كخمرٍ، ومالِ الغير، ومجهولٍ، وحرٍّ، وكذا بحالٍّ، ونجمٍ واحدٍ، وفي بعضه، ومع شرطٍ فاسدٍ كشراءِ شيءٍ، وبيعِهِ، وضمانٍ، أو رهنٍ بالمال، أو وطءِ المكاتَبه، ويَعْتِق في كلِّ ذلك بأداء ما عيَّن بنفسه، فإن كان بمالِ الغيرِ اعتُبِرَ للعتْق إذْنُه، بخلافه في غير الكتابة، كما مرَّ، ويردُّ بدلَه، ويلزمُ العبدَ في كلِّ ذلك للسيد قيمةُ نفسه ويردُّ عليه ما أَخَذَ منه أو بَدَلَه إن فاتَ وهو مالٌ، وللسيدِ قبلَ ذلك أن يفسخَها ويتصرَّف فيه، فلا يَعتقُ بعدُ بالأداء، فإن أعتقه ـ لا عن الكتابة ـ لم يَتْبَعْه فرعُهُ، وكذا تنفسخُ بموتِ السيد، وجنونِهِ، وإغمائه، وحَجْرٍ عليه، وللعبدِ قبلَه الاستقلالُ بالكَسْب، فإن

علِّق بأداءِ ما لا يُقْصَدُ كدمٍ، وميتةٍ: عَتَقَ به بلا غُرْمٍ، وما وَقَعَ من غيرِ أهلٍ كصبيٍّ، أو بلا صيغةٍ، أو فوريةِ قبولٍ، أو ذِكْر عوضٍ، أو مع اختلافِه بينهما فيها: فلغو لا حُكْمُ له.

## ١٢٩٨ ـ مسألة

يقعُ عِتقُ المكاتَب بقبضِ كلِّ ما عليه من سيده أو وليِّه إن حُجِر عليه بإعطائه ولو مجنوناً، وللسيدِ الاستبدادُ به إذا جُنَّ والاعتياضُ عنه إذا صحَّحناه، وهو ظاهرُ كلام الشيخين في الشُّفعة والكتابة الفاسدة، وصوَّبه الإسنوي وَنَقَلَه عن النصِّ، لكن صحَّحا هنا مَنْعَه، وبالحوالةِ له به، لا عليه، وبإبرائه حيثُ صحَّ، ولو أدَّى عنه أجنبيٌّ فقبِله السيدُ عَتَقَ، ويلزمُهُ القبولُ إن أَذِن المكاتَب وإلا فلا.

## ١٢٩٩ ـ مسألة

إذا عَجَزَ عن نجمٍ، أو غابَ بعد حُلوله، أو امتنعَ من أدائه، فلسيده تعجيزُهُ، وفسخُ الكتابة بنفسه متى شاء، وإن شاء بالحاكم لكنْ بعد إثباتِها وحلولِهِ، وامتناعِه أو غيبتِهِ ـ إن كانا ـ وحَلِفِهِ إن لم يَستوفِ ولم يَبْرَأْ ولم يُنْظِرْه بعد الحلول، لأنه إنْ أنظَرَه بعده لَزِمه الصبرُ حتى يُعْلِمَه برجوعه عن ذلك بكتابِ الحاكِمِ به، كما سَبَقَ إن كان ببلدِ حاكم، وإلا فبرسولٍ منه ثقةٍ ـ على ما اختاره ابن الرِّفْعة والقَمُولي ـ قال زكريا: وهو الأوجه، ثم يصيرُ بعد بلوغه قَدْرَ إمكانِ بعثِ الغائب المالَ إليه، أو إلى أن يَبذُلَه هناك لوكيلِ السيدِ إن كان، فإن كان قد عُزِلَ وقَبَضَ جاهلاً بإذن الحاكِ: كَفَى وَعَتَق، وإلا فلا، على الأظهر، وظاهر كلامهم منعُ قبضِ حاكِمِ بلدِ العبدِ عن المالك.

قال زكريا: وقد يُؤخذُ من اعتدادهم بإِذْنه مع عَزْل الوكيلِ الاكتفاءُ به، ولعله إذا وَجَبَ قبضُهُ في غير موضع العقد، كأنْ خَرِب وصار العبدُ لأقربِ موضعٍ صالحٍ للقبض، والمرادُ بالغَيْبة مسافةُ القصر، وكَهِيَ: مرضُه وَحَبْسُهُ، فإن جُنَّ فكالعاقل إذا عَجَزَ، فإن كان له مالٌ فَعَلَ الحاكم به ما رآه أصلَحَ له من دَفْعه عنه، أو تمكينِ السيدِ من الفسخ، ولا فسخَ فيه إلا بالحاكم، بخلافِ الغائبِ، على ما مرَّ، وكذا له في الغائب الفسخُ بعد الحلولِ وعدمِ وقوعِ النجم له، وإن كان له مالٌ حاضرٌ، لأن الحاكم لا يؤدِّيه عنه إلا بأمره، بخلاف المجنون إن كان الأداءُ أحسنَ له، بل لو بان له مالٌ وقد عَجزَّه السيدُ لعدم ظهوره ولو بالحاكم: تبيَّن بطلانُ تعجيزه، ويَرجِع السيدُ بما أنفقه بعده إن كان بإذن القاضي، وحيثُ فُسختْ فالفسخُ من حينه، لا من أصله، فتنفُذُ تصرُّفاتُه السابقةُ، وللمالكِ ما بيده إلا أن يكونَ مما دَفَعَ من الزكاة فَيُرَدُّ إليها، وكذا ما سَبَق مع المالك منها إن كان فيردُّه إليها وَبَدَلَه إن تعذَّر.

## ١٣٠٠ ـ مسألة

قولُ السيدِ للمكاتَب: إن أعطيتَني كذا فأنتَ حرٌّ: تعليقٌ يَعْتِق بوجوده بشرطه في الفورية وغيرها، قال في «العُباب»: بالصفةِ لا بالكتابةِ، فيكون كَسْبُهُ للسيد، ولا يَتْبَعُهُ ولدُهُ، فلو قال: إن عَجَّزْتَ نفسَك وأدَّيتَ كذا لي فأنتَ حرٌّ ففعل: عَتَقَ عن الكتابة، لأنها لا ترتفعُ بنفس التعجيز، بل بالفسخ بعده، فيَتْبَعُهُ كسبُهُ وولدُهُ، وللسيد في الصورتين الرجوعُ عليه بقيمته، إذْ لا يكون المؤدَّى عوضاً صحيحاً، لفساد التعويض عن رقبةِ المكاتِبِ في الأولى، ويكونُ التعجيزُ أحدَ عوضيِ الثانية، ولا يكون عوضاً، فيردُّ السيدُ عليه ما أَخَذَ.

## ١٣٠١ ـ مسألة

إذا سلَّم المكاتَبُ ما عليه قبل مِحِلِّه: لزم قبولُه إن لم يكنْ فيه ضررٌ على السيد، كمُؤْنةِ حَمْل، ونفقةٍ، وخوفٍ يُرْجَى زوالُهُ، وكذا لو سلَّمه في غير بلد العقد، فإن امتنع أو غاب عنه: قَبَضه الحاكم وَعَتَق، وكذا إن عجَّل بعضَه وأبرأَه عن الباقي بلا شرط، وإلا لم يصحَّ قبضٌ ولا عِتْق، فيردُّه، وله قبلَه كلُّ معاملةٍ ولو مع سيده، ونفقةٌ بنفسِهِ وإملاكِهِ بلا إسرافٍ، لا تبرُّع: كهبةٍ، ولا مع مخاطِرٍ: كبيعٍ بغَبْنٍ، أو بأجلٍ ولو برهنٍ وضمينٍ وتسليمِ معوَّضٍ قبلَ عِوَضه، وله ذلك بإِذْن سيده إلا الإعتاق، وله الأخذُ بنسيئةٍ ولو بزيادةٍ تليقُ بها، على المذهب المنصوص، كما قال الأذرعي، ولا يرهَن به، كما في «الروضة» لأنه قد يفوتُ الرهنُ، ولا يَتَسَرَّى جاريتَه ولو بإذنه، فإن وطىءَ فولدُهُ حرٌّ كهُوَ، وكذا وَلَدُ المكاتَبَةِ المحمولُ عندها وبعدها، لكنِ الحقُّ في ولدِ المكاتَب لأبيه، وفي ولدها للسيد، وكلٌّ منهما يتبعُ أصلَه فيَعْتِق بعِتْقِه، ولو بإعتاق السيد، أو إبرائه، ويَرِقُّ برِقِّه أو موتِهِ قبل العِتْق.

## ١٣٠٢ ـ مسألة

سبقَ آخَرَ الرهنِ أن من عليه دَيْنان فأدَّى بعضَهما جَعَلَه عما شاء منهما، وذكروا هنا أن المكاتَبَ إذا كان عليه دَينٌ لسيده فله[١] الامتناعُ من تقديم دَيْن الكتابة وأَخْذُ ما معه عن دَيْنه الآخَر، بل له أن يُعَجِّزه قبل قبضه إن لم يَفِ بهما وقد حَلَّا، أما لو قبض قبلُ فقال المكاتَبَ: قصدتُ النجوم، صُدِّق بيمينه إن أنكَر السيدُ، كما نقلاه عن القفَّال، وصحَّحه

---

(١) أي: للسيد.

النووي، وحيثُ اجتمعَ مع دَيْنه دَينٌ لغيره وحُجِر عليه ضَارَبَ بغير نجومها، كغيره إن لم يفسخْها، فإن فَسَخَها أو مات العبدُ قَبْلُ أو عجَّز نفسَه وَفَسَخَ: سَقَطَ كلٌّ ما لسيده، ويوفِّي غيرَه مما بيده بنسبةِ مقاديرِه مِن أَرْشٍ أو معاملةٍ، فإن كان حياً بقيَ ما نَقَصَ من أَرْشٍ في رقبته يُبَاع فيها، وما من المعاملة في ذمته، وكذا إن لم يَفْسخْ وبقي لصاحب الأَرْشِ شيءٌ: له المطالبةُ بتعجيزه وفسخُها وبيعُه له، وللسيد فِداؤه حينئذٍ، ويجبُ فيما إذا حُجِر عليه ولم يفِ حقَّه تقديمُ دَيْن المعاملة، إذْ لا يفوتُ على صاحب الأرشِ شيءٌ، لأنه يُبَاعُ فيه، ثم الأرشُ قبل النجوم، وكذلك يسنُّ للمكاتَب هذا الترتيبُ إن قَضَى بلا حَجْر، وله تعجيلُ النجوم، لا دينٍ مؤجَّل غيرها، لأنه تبرُّعٌ، إلا بإذن السيد فيجوزُ وإن كان له.

## ١٣٠٣ ـ مسألـة

إذا بانَ أنَّ ما أدَّى ناقصُ القدرِ أو مستَحَقّاً: بانَ عَدَمُ العِتْق، حتى يوفِّي أو يُبْرِىء السيد عنه، وإن بان مَعيباً فرضيَ به نَفَذَ منه القبض، وإن ردَّه فلا حتى يبدلَ به، وكذا إن تلفَ ولم يرضَ به فله أرشُه، وهو قدرُ نقصِ التـالِفِ بالعيب، ولا يَعْتق إلا بـأدائه، وحيثُ لا يَعتق إلا بـه أو بالإِبدال ـ فمات العبدُ قبلهما ـ مات قِنّاً، فما بيدِهِ للسيد.

## ١٣٠٤ ـ مسألـة

كاتَبَه اثنان، ثم أعتقَه أحدُهما، أو أبرأَه: عَتَقَ قِسْطُهُ، فإن أَعْسَرَ بالباقي لم يَسْرِ إليه، وإلا انْتُظِرَ الأمرُ بآخِرِهِ، فإن أدَّى إلى الآخَر: عَتَقَ عنه، وولاءُ كلٍّ له، وإن لم يؤدِّ: قوِّم على الآخر وَعَتَق من حينئذٍ، فإن

مات في الانتظار: مات مبعَّضاً، وكذا إن كاتَبه واحدٌ ومات، فأعتقَ أحدُ الورثة نصيبَه، أو أبرأَ منه: عَتَقَ عن المورِّث، ولا سِرايةَ، ولو قبض أحدُ الشريكين أو الوارثين نصيبَه: لم يعتق، ولا يختصُّ القابضُ بما قَبَض، بل إنْ أدَّى للآخر عَتَق، وإلا فله تعجيزُهُ، ويبقى قِنّاً لهما، وما قبض بينهما، ولو كان على السيدِ الميتِ دَيْنٌ، أو له وصايا: فلا بدَّ من ملاحظةِ أربابِهما، على ما مرَّ آخر باب الرهن، وإن أوصى بالنجوم لشخصٍ: عَتَقَ بقبضه، أو للمكاتَب: عَتَقَ إن حَمَلَها الثلثُ فيهما، فإن أبرأه الموصَى له: عَتَقَ، كما رجَّحه الإسنوي، قال: وصحَّحه القاضي، وجزم به ابن الصباغ، فإن عَجَزَ قبله عجَّزه الوارث وإن أَنْظَرَه المُوصَى له وبَطَلَتْ.

## ١٣٠٥ ـ مسألة

لا تثبتُ الكتابةُ إلا بشهادةِ عدلين يَفْصِلانها، أو يمينِ الردِّ، وكذا التدبيرُ، ويثبتُ بطلانُهُ بوجهه بهما، وبرجلٍ: وامرأتين، أو يمينٍ، وكذا قبضُ نجومُ الكتابةِ ولو الأخير.

## ١٣٠٦ ـ مسألة

حيثُ دبَّر مكاتَباً، أو عكسه، وَعَتَقَ بأول السببين: عَتَقَ مع الأمِّ حَمْلُها المقارِنُ للعِتْق، والموجودُ عند اللفظِ الموجب له، وما بعد الكتابة إن عَتَقت بالأداء، وكذا إن سَبَقت التدبيرَ ومات قبل الأداء فإنها تعتق عنه، قاله ابن الصباغ، ويتبعُها ولدُها كما لو أعتقَ المكاتبةَ، ومنعه الشيخ أبو حامد فقال: تبطُلُ الكتابةُ لعِتْقها بالتدبير، قال ابن الصباغ: ولعلَّه أرادَ زوالَ عَقْدِها لا أحكامَها، قال الإسنوي: وهو الصحيح، وقد جَزَم به في

«البحر» وَأَوَّلَ كلامَ أبي حامد بذلك، وفي الحكم الرابع من الكتابة في «الروضة» ما يُؤْخذ ذلك منه، وإن سَبَقَها التدبيرُ فما حَدَثَ قبل الكتابة لا يَعْتِق، وفيما بعدها الكلامُ المذكورُ في عكسه، على الأوجه لزكريا، قال: وَيَحتَملُ عكسَه، أي أن لا يَعتقَ الولد، وتَبطُلَ الكتابة، لأنها لاحقةٌ، والعتقُ وقع من التدبير، وَجَزَم به ابن المُقْرِي في «الروض»؛ وحكمُ التعليقِ بصفةٍ وجدتْ مع الكتابةِ: كَهِيَ مع التدبير في المكاتَبِ والولدِ، ولو كاتَب مستولَدَتَه أو استَوْلَدَ مكاتَبَتَه: عَتَقت بأولِ موجبي العتقِ، ويتبعُها ولدُها من أول الأمرين، ولها كَسْبُها بعد الكتابة، سواءٌ أكانَ عتقُها بالموت، أو إعتاقه لها، أو إبرائه أو بالأداء، نعم إن عجَّزها في حياته بوجهه بَطَلَ كلُّ حكم تعلَّق بالكتابة بعده.

## ١٣٠٧ ـ مسألة

السيدُ في الكتابة الصحيحة مع المكاتَب كالأجنبيِّ في تصرُّفه وفي ماله، لكن لا يُحَدُّ بوطءِ أمتِهِ وَتَصيرُ مستَوْلَدَةً له، وعليه للمكاتَب مهرُها وقيمتُها، لا قيمةُ ولدِها، وينعقدُ حرّاً، وكذا إنْ وطىءَ مكاتبتَه، ومن قَتَلَ مكاتَبَه فمات ولا دِيَةَ له إلا أن يكونَ جَنَى جنايةً تتعلَّقُ برقبته: فيجبُ فيه ما يجبُ في قِنٍّ غيرِ مكاتَب، وله ما بيدِهِ وما يَتْبَعُه، فإن جُنِيَ عليه لزمَه الأَرْشُ له مقدَّراً وغيرُهُ، وهذه غريبةٌ يُلْغَزُ بها، فيقال: شيءٌ يُضْمَن بعضُه بالجناية ولا يضمنُ كلُّه، فإن كان على المقتولِ دَيْنٌ معاملةً تعلَّق بما في يده إن كان، وإلا فات.

## ١٣٠٨ ـ مسألة

لو أذِن المكاتبَ للسيد في بيعِ رقبتِهِ فباع: صحَّ وكان فسْخاً للكتابة

لرضاه، حكاه البيهقيُّ في «سُنَنه» عن الشافعي، وذكره القاضي في «تعليقه»، ومنه بيعُ بَرِيرةَ رضي الله عنها، ولو باعه نفسَه صحَّ كأمِّ الولد، ويكونُ كالفداء، قال البُلْقيني: وتَرتفعُ به الكتابةُ، فلا يَسْتَتْبِعُ كَسْباً ولا ولداً، بخلاف إعتاقه له وإبرائه، لأنه لم يأخذْ عنه عوضاً.

## ١٣٠٩ ـ مسألة

أدّى إليه مكاتَبُه قَدْرَ ما عليه، فظنَّ عِتْقَه به فقال: أنتَ حرٌّ، ثم بان ما أدَّاه حراماً: لم يَعْتِق بقوله: أنت حرّ إلا أنْ يُريدَ به الإنشاء، فلا يَعْتِق إنْ لم يُرِدْ شيئاً، كما في «الروضة» أنه مقتضَى سياقِهم، قال أبو زرعة: وهو واضحٌ للقرينة وإن قال البيهقي بوقوعه مع الإطلاق، وقال الصَّيْدَلاني: وقياسُه أن من أطلَقَ لفظاً ظنَّ امرأتَه طلُقت به، ثم أقرَّ بطلاقها بناءً على ظنِّه، ثم عَلِم بالاستفتاء أنه لا يقعُ به طلاقٌ، قال إنما أقررتُ بناءً على ظنِّ وقوعه به: أنه يُقْبَلُ بيمينه، قال في «الوسيط»: وسواءٌ اتَّصلَ كلامُ السيدِ والزوجِ بما بَنَيا عليه ظنَّهما أم لا، وقعَ بمالٍ أم لا، وأقرَّه في «الروضة»، وحكَى مثلَه في «الشرح الصغير» عن جماعة، وَنَقَلَه في «الخادم» عن جَزْمِ جماعةٍ ذكرهم. واستَبْعَدَه الإمام بأنه لو فُتِح ذا البابُ لم يتقرَّرْ شيءٌ بمثل ذلك إن لم تكن قرينةٌ، واستحسنه الرافعيُّ وغيره.

قال السَّمهودي: والأمر إنما هو فيمن عُرِف منه ما اعتَذَرَ به، أو سَلَّمه خصمُهُ، كما أرشد إليه كلام من ذكرها، وكلامُ من أطلَقَ محمولٌ عليه، وليتَ الإمامَ اعتذر لاستبعاده بحالة جهله؛ وقد قالوا: من قال: أنتِ طالق، ثم قال: أردتُ في نكاحٍ قبلَ هذا: أنه يُقْبل إن عُرِف ذلك، وإلا فلا؛ ومثلُ ذلك قولُهُ لامرأته: أنتِ حرام، ثم قال: أنتِ طالقٌ

ثلاثاً، ثم قال: ظننتُ أنها تقعُ قبلُ بقولي أنتِ حرام ـ أي: فأَخبرتُ به ولم أُرِدِ الإنشاءَ ـ: فأجاب البُلْقيني أنه لا يقعُ عليها شيء؛ وكذا أجاب فيمن دَفَعَ أرضاً لمن يعملُ فيها، فأقرَّ العاملُ له بمبلغ، ثم بانتْ مستَحَقَّةً فقال: إنما أقررتُ بناءً على أنها مِلكُهُ: أنه يُقْبَلُ قولُهُ بيمينه؛ وكذا في «فتاوي السُّبْكي» في قومٍ اقتَسَموا دَيْناً لهم بظنِّ الصحة، ثم أقرَّ بعضُهم لمن خَرَجَ ما عليه بقسمتهم للآخَرين: أنه لا يَستَحِقُّ عليه شيئاً، ثم ادَّعى حصَّتَه منه وقال: إنما أقررتُ بظنِّ صحةِ قسمةِ الدَّين، وقد بانَ لي فسادُها: أنه يُقْبَلُ بيمينه إنْ كان ممن يَخْفَى عليه؛ وأفتى ابنُ الصلاح فيمن استأجَرَ شيئاً وسلَّم أجرتَه، ثم أقرَّ أنه لا يَستحقُّ قِبَلَ المؤجِّر شيئاً، ثم بانَ فسادُ الإجارة: أن الأجرةَ لا تدخُلُ في عموم إقراره، فله طَلَبُها، وأفتى فيمن طلَّق طلقةً رجعيةً، ثم حضرَ مع المرأةِ عند من يكتُبُ ذلك بينهما فقال له: قلْ: خالعتُك على باقي مهرك بطَلْقةٍ، فقاله: قُبلت، ثم قال: إنما أردتُ الطَّلْقةَ الأُولى: أنه يُقْبَلُ وَيَبْطُلُ خُلْعه وله الرَّجْعَة. انتهى.

ونَصَّ في «الأم» فيمن صالَح على إنكارٍ عن دَيْنٍ، ثم قال لصاحبه: أبرأتُك ـ ظاناً صحةَ الصُّلْح ـ أنه لا يبرأُ، وبه صرَّح في «التتمة» وقال: ومثلُهُ لو كان عن عينٍ وقال: ملكتُها، وَقَطَعَ به الجُرْجاني والماوَرْدي، وقال: كما لو اشترى عبداً شراءً فاسداً، وظنَّ البائعُ صحتَه فقال له: أَعْتِقْه ففعل: لا يَعْتِق لظنِّه أنه مَلَكَ الثمن، وصحح في «زوائد الروضة» أن من فَسَخَ النكاحَ بناءً على ما ظنَّه عيباً، فبان عدمُهُ: أنه لا يَقَعُ به شيء، قال الشريف السَّمهودي: ولا يَرِدُ ذلك على صحةِ بيعِ مالِ مورِّثه بظنِّ حياتِه فبانَ ميتاً، لأنه صادفَ الصحةَ، وهو مقصِّر لعدم استنادِ ظنِّه لشيءٍ، وكذا من أَوْصَى بثلُثه للعتق، فاشترى له الوصيُّ في الذمَّة،

وأعتق، ثم بانَ على الميتِ دَيْنٌ مستَغْرِقٌ: يصحُّ عِتْقه عن الميت، والثمنُ على الوصي، قال بعضهم: بلا خلاف، وذكر فيه الدارميُّ وجهين، لأنه مقصِّرٌ بالتزامه في الذمة، ولم يشترِ بعين مُخَلِّفِهِ، فالذي يظهر أنه سفيرٌ مَحْضٌ. انتهى بمعناه.

## فصــل في عِتْقِ أمِّ الولد

من أتتْ لسيدها بولدٍ عَتَقَتْ بموته وإن كان مضغةً ظَهَرَ فيها تخطيطُ التصوير للقَوابل، ومن حُمِلَتْ به بعده وإن ماتتْ بعدها الأمُّ في حياة السيد، وكذا إنْ وَضَعَتْ بعضَ ولدٍ وإن لم يخرجْ باقيه، ويثبُتُ في جاريةٍ مُبَعَّضٍ حَمَلَتْ له وإن لم ينفُذْ عِتْقُه، لأن هذا قَهريٌّ، ولا يُمْنعُ الوَلاءَ، لأنه ينقطعُ رِقُّه بموته قبلَ عتقها، وليس كإِحْبالِ جاريةِ ابنِهِ، لأنه لا[1] يلزمه إعفافُه، كذا أوضحه ابن حجرٍ الثاني، وَنَقَلَ نفوذَه عن البُلْقينيِّ وابنِهِ، والزركشي، وجزم به الماوردي، وله منفعتُهما، وأَرْشُ جنايةٍ عليهما ما دام حياً، واعتاقُهما في حياته على عِوضٍ: منهما أو من أجنبيٍّ ولو ببيعِهما أنفسَهما، لأن حقيقةَ ذلك الافتداء لتعجيلِ العتقِ، وعِتْقُها وأولادِها من رأس المال، وإن أحبَلَها في مرضِ موته، ولا يثبتُ من معسِرٍ في مرهونةٍ، وكذا أمةٌ لمأذونِهِ المَدِين، والجانيةُ بموجَب مالٍ، أو لميتة المَدِين، وحقُّ شريكه في مشتَرَكة، وكذا في أمةِ المكاتَب لو أحبلَها وإن عَتَق، أما وَلَدُها فيتبعُه، لأنه ولدُه، فإن عادتِ المرهونةُ إلى مِلكه بعد البيع عادَ استيلادُها، لكن لا يثبُتُ لمن حَدَثَ لها بين البيعِ والعَوْدِ حكْمُهُ، وله وطءُ مستَوْلَدَتِهِ وكذا تزويجُها بالاستبراء، وتزويجُ بنتها دونه

---

(١) وضع في الأصل بجانبها إشارة استفهام؟.

لا وطؤُها، لأنها بنتُ موطوءتِهِ، فإن أسلمتْ وهي لكافرٍ زوَّجها القاضي بإذنه وإن كَرِهتْ، وتُزَالُ من يده.

## ١٣١٠ ـ مسألـة

ادَّعى وَرَثَةُ سيدِها مالاً بيدها قبلَ موته، فادَّعتْ تَلَفَه، قال الأزرق: فاتَّفق الجوابُ أنه يقبلُ قولُها بيمينها، وفي كلام الإمام في «النهاية» ما يؤيِّده.

## ١٣١١ ـ مسألـة

لو أتتْ أَمَتُه بولدٍ فادَّعته له وأنكر، فشهدَ أبوه مع أجنبيٍّ على إقراره به: قُبِلَ على الأصح، احتياطاً، ولأنه يَشْهدُ على ولدِهِ بالاستيلاد، وفي ضمنِهِ: الشهادةُ لولدِ ولدِهِ، كذا في «أدب القضاء» للغَزِّي، وقرَّره زكريا في «مختصره».

## ١٣١٢ ـ مسألـة

من أقرَّ بوطءِ أمتِهِ وادَّعتْ إسقاطَها سقْطاً يثبُتُ به الاستيلاد، وأمكنَ ذلك: فأفتى القاضي حسينٌ بقبولِ قولِها باليمين إن أنكَرَ، كما في «العِدَّة» وقال ابن القطان في «فروعه»: هو على وجهين، قال الأذرعيُّ في «شرحه»: والظاهرُ تصديقُهُ سِيَّما إن أنكر العُلُوقَ، لأن الأصلَ معه، أما لو سلَّم الحَمْلَ فَيَحْتَمِل، والأقربُ تصديقُهُ إلا أن تمضيَ مدةٌ لا يبقى الحَمْل مُجْتَنّاً[1] ـ والعلم عند الله تعالى.

---

(١) أي جنيناً.

وبه كَمُل ما أَرَدْنا جَمْعَه، والحمد لله ربِّ العالمين حمداً يُوافِي نِعَمه، ويُكافِئ مَزيده، والحمد لله الذي بنعمته تتمُّ الصالحات، والحمدُ لله على كلِّ حال، وأستغفر الله العظيم لِعَمْدِي وَخَطَئي، وجَهْلي وإسرافي في أمري، وما هو أعلمُ به مني، وأسأله التوبةَ والمغفرةَ، وصلَّى الله وسلَّم على نبيه ورسوله، وحبيبه وخليله: محمدٍ أفضلِ المخلوقين، وعلى جميعِ الملائكةِ والنبيين، وآلِ كلٍّ وصحبهم وسائر الصالحين، ورحم الله عبادَه وإماءَه المؤمنين، وجَعَلَنا من صالحيهم آمين أبدَ الآبِدين والحمد لله رب العالمين.

قال مؤلِّفُه مولانا وسيدُنا وبركتُنا، العمدةُ العلامة، الحِبرُ الفَهَّامة، وليُّ الله بلا نزاع، وحيد عصره، وفريد دهره، الشيخ عبدالله بن محمد بن حكم بن إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن سهل بن عبدالله بن العالم العلامة الزاهد الورع الولي الشيخ محمد بن حكم بن الشيخ عبدالله بن إبراهيم بن العلامة القطب الشهير القديمِ مقدَّمِ تُرْبة المصف، سيدِنا وبركتنا وذُخْرِنا ووسيلتنا إلى ربنا الشيخ عبدالله بن الشيخ إبراهيم بن الشيخ عبدالله با قُشَير، رحمهم الله رحمةَ الأبرار، وأسكنهم برحمته دارَ القَرَار، وجمعنا بهم في أعلى غُرَفِ الجِنان آمين:

فرغتُ من تسويدِ هذا الكتاب إلا أن يكونَ نادراً، ومن تبييضِ بعضِه عشيةَ الخميس لعشرين من ذي الحجةِ آخرِ شهورِ سنة ٩٤٨، ثمانٍ وأربعين بعد تسعمائة، من هجرة النبي ﷺ، [أحسن الله] خاتمتها وما بعدها أبداً، وكفانا والمسلمين شرَّ الجميع، وأعطانا من خيرها في عافية أبداً آمين.

قال: وفرغ من تبييضه بعد مقابلةِ جامعه للأم وقت عصر السبت

سادس. جُمَادَى الأُولى سنة **٩٤٩** من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام، ونسأل الله التوفيق في كلٍّ حال، وموافقةَ الحقِّ في الأقوال والأفعال، إنه الجواد الكريم الرؤوف الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

آمين آمين آمين آمين آمين آمين.

قُوبلت هذه النسخة من الأصل على يدِ أحدِ طلبةِ العلمِ بِتَريم بتاريخ: **١٩** جُمادى الأولى سنة **١٣٩٧** هـ.

# فهرست الجزء الثاني من القلائد

رقم الصفحة

**فصل في نفقة الأصول والفروع:**



**فصل في الحضانة:**



**فصل في نفقة المملوكات:**



**باب الجنايات:**

**باب الصيد والذبائح:**



**باب الأضحية:**